

Preventivt nødverge



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 636
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 17952 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens problemstilling	1
1.2	Generelt om nødverge	2
1.2.1	Straffeloven av 2005	3
1.3	Avgrensning mot tilgrensede rettslige problemstillinger	4
1.3.1	Nødrett	4
1.3.2	Selvtekt	5
1.3.3	Nødverge mot offentlige inngrep	6
1.3.4	Nødverge mot angrep fra dyr	7
1.3.5	Angrep på annet enn på person	7
1.3.6	Selvskudd	7
1.4	Metode og fremstillingen videre	8
<u>2</u>	<u>HENSYNENE BAK NØDVERGERETTEN</u>	<u>8</u>
<u>3</u>	<u>KRAVENE TIL NØDVERGESITUASJONEN</u>	<u>10</u>
3.1	Det rettsstridige angrepet	10
3.1.1	Angrepets art	11
3.1.2	Passive angrep i form av unnlatelser	11
3.1.3	Angrepet kan ikke være avsluttet	12
3.1.4	Det angrepne rettsgodet	14
3.2	Rettsstridigheten	14
3.3	Ikke-påbegynte angrep	15
<u>4</u>	<u>KRAVENE TIL NØDVERGEHANDLINGEN</u>	<u>18</u>
4.1	Avvergende forsvarshandling	18
4.1.1	Nødvergehandlingens art	20

4.1.2	Hvem forsvarshandlingen kan rettes mot	21
4.1.3	Hvem som kan utøve nødverge	21
4.2	Nødvendighetsvilkåret	22
4.2.1	Aktsomhetsplikten	23
4.2.2	Faktisk villfarelse	23
4.3	Proporsjonalitetsvilkåret	24
4.3.1	Forholdet til straffeloven av 2005	26
4.4	Handlingsalternativer	27
<u>5</u>	<u>TIDSPUNKTET FOR UTØVELSE AV PREVENTIVT NØDVERGE OG KRAVENE TIL NØDVERGEHANDLINGEN</u>	<u>28</u>
5.1	Lovteksten	29
5.1.1	Straffeloven av 2005	30
5.2	Forarbeidene	30
5.2.1	Forarbeidene til straffeloven av 1902	31
5.2.2	Forarbeidene til straffeloven av 2005	33
5.3	Rettspraksis	35
5.3.1	Rt. 1982 s. 1216	35
5.3.2	Liv-saken	36
5.3.3	Verdal-saken	37
5.3.4	Rt. 1996 s. 141 (Mobbedommen)	38
5.3.5	Hammerfest-saken	40
5.3.6	Sykehusdrap dommen	41
5.3.7	Mobbedommen II	43
5.3.8	Balltre-dommen	45
5.4	Juridisk teori	46
5.5	Reelle hensyn	48
5.6	Oppsummering: tidspunktet for når nødvergeretten inntreffer og nødvergehandlingens art	50
5.6.1	Angrepet	50
5.6.2	Nødvergehandlingens art	52

<u>6</u>	<u>OVERSKRIDELSE AV NØDVERGE</u>	<u>53</u>
6.1	Forholdet til straffeloven av 2005	55
<u>7</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>56</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning

I norsk strafferett opererer man gjerne med fire straffbarhetsbetingelser for at man skal kunne straffes: gjerningspersonen må ha opptrådt på en slik måte at det dekkes av gjerningsinnholdet i et straffebud, det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn, gjerningspersonen må være tilregnelig og han må ha utvist den tilstrekkelige grad av skyld som kreves. Nødverge er en slik straffrihetsgrunn som gjør en ellers straffbar handling – straffri. Nødverge kan derfor forklares som en form for privat rettshåndhevelse, som utøves for å beskytte seg selv eller andre fra et rettstridig angrep.

Ordinære nødvergesituasjoner dreier seg først og fremst om avvergelses- og forsvarshandlinger mot allerede påbegynte angrep. Et eksempel som illustrerer situasjonen er innbruddstyven som angriper huseieren med kniv i det han blir oppdaget under tyveritoktet, og huseieren knivstikker ham med en kjøkkenkniv han greier å få tak i under basketaket for å unngå selv å bli drept. I denne oppgaven er det imidlertid ikke slik ordinært nødverge som skal behandles, men nødverge mot fremtidige angrep, også omtalt som preventivt nødverge. Rettstilstanden er i dag slik at det på prinsipielt grunnlag forutsettes en viss adgang til å utøve nødverge mot fremtidige angrep¹, men rekkevidden av denne adgangen er imidlertid fremdeles usikker. Dette gjør det interessant å skrive en avhandling om preventivt nødverge.

1.1 Avhandlingens problemstilling

Når vi taler om fremtidige angrep så innebærer det at angrepet i faktisk forstand ikke er påbegynt i forkant av avvergelses- eller forsvarshandlingen. Nødvergehandlingen kommer med andre ord angrepet i forkjøpet. Det er dette som kalles for nødverge mot fremtidige angrep, og oppgavens hovedproblemstilling blir derfor i hvilken grad norsk rett gir adgang til å utøve preventivt nødverge.

¹ Se punkt 3.3

Slike fremtidige angrep reiser en rekke spørsmål i forhold til tidsperspektivet for nødssituasjonen og nødvergehandlingen. Når et angrep ikke er påbegynt, oppstår det ofte tvil om når det foreligger en nødvergesituasjon i lovens forstand. I denne sammenheng skal jeg forsøke å avklare tidspunktet for når det foreligger en nødvergesituasjon som berettiger iverksettelsen av en nødvergehandling mot et fremtidig angrep. Selv om det foreligger en nødvergesituasjon som berettiger en nødvergehandling for å forhindre et fremtidig angrep, er det dermed ikke sagt at det er fritt frem hva angår måten man avverger det fremtidige angrepet på. I denne forbindelse skal jeg derfor også forsøke å avklare hvilke krav som stilles til selve utøvelsen av preventive nødvergehandlinger for at den skal anses som lovlig.

1.2 Generelt om nødverge

§ 48 i straffeloven av 1902 (heretter kalt strl.) om nødverge lyder slik:²

Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget i Nødverge.

Det er Nødverge, naar en ellers strafbar Handling foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil, og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.

Hvad ovenfor er bestemt om Afvergelse af retsstridigt Angreb, kommer ogsaa til Anvendelse med Hensyn til Handlinger, der foretages i Hensigt at iverksætte en lovlig Paagribelse eller hindre, at Straf- eller Varetægtsfanger rømmer.

Har nogen overskredet Grænserne for Nødverge, er han dog straffri, hvis Overskridelsen alene har fundet Sted paa Grund af en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse.

Det følger av første ledd at en handling foretatt i nødverge er straffri. Dette må imidlertid sees i sammenheng med annet ledd som oppstiller de nærmere vilkår og krav til nødssituasjonen og nødvergehandlingen.

² Almindelig borgerlig Straffelov 22.mai 1902 nr.10

Selv om det ikke direkte kommer frem av ordlyden i første ledd, så er det sikker rett³ at loven må forstås slik at nødvergehandlingen ikke bare er straffri, men også lovlig⁴ og rettmessig⁵. Dette kommer blant annet til uttrykk ved at den som utøver nødverge i utgangspunktet slipper å betale erstatning for skader som påføres angriperen jf. skl. §1-4.⁶ Nødverge er derfor en lovlig form for privat rettshåndhevelse, eller formulert på en annen måte: ”*retshåndhævelse ved egen makt*”⁷.

Annet ledd inneholder ”legaldefinisjonen”⁸ for lovlig nødverge. Her oppstilles det fire hovedvilkår, som alle må være oppfylt for at nødvergehandlingen skal være lovlig. For det første så må det foreligge et rettsstridig angrep. For det annet må nødvergehandlingen være avvergende. For det tredje må nødvergehandlingen ikke overskride det som fremstilte seg som nødvendig. Og for det fjerde må nødvergehandlingen ikke være ”ubetinget utilbørlig”.

Tredje ledd gjelder pågripelser for å forhindre ”... *Straf- eller Varetaegtsfanger*” fra å rømme, og faller således utenfor avhandlingens problemstilling.

Fjerde ledd hjemler straffrihet selv om nødvergeretten er overskredet, i de tilfeller hvor overskridelsen skjedde på grunn av at angrepet fremkalte en ”...*Sindsbevægelse eller Bestyrtelse*”. Dette vil bli nærmere behandlet i punkt 6.

1.2.1 Straffeloven av 2005⁹

I 2005 ble den nye straffelovens (heretter kalt strl. 2005) alminnelige del vedtatt. Hittil er det kun lovens kapittel 16 som har trådt i kraft.¹⁰ I all hovedsak er endringene i nødvergebestemmelsen av språklig karakter og det antas at gjeldende rett videreføres.

³ Matningsdal (2003) s. 380

⁴ Andenæs (2004) s. 160, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205

⁵ Augdahl (1920) s. 12

⁶ Matningsdal (2003) s. 380

⁷ Augdahl (1920) s. 4

⁸ Beskrivelse benyttet av Eskeland (2006) s. 241

⁹ Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28

¹⁰ Se strl. 2005 § 411 og res. 7. mars 2008 nr. 225

Der det er blitt gjort endringer av interesse for oppgavens problemstilling vil dette tas opp fortløpende. § 18 om nødverge lyder slik: ¹¹

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,*
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og*
- c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.*

Regelen i første ledd gjelder tilsvarende for den som iverksetter en lovlig pågripelse eller søker å hindre at noen unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff.

Utøving av offentlig myndighet kan bare møtes med nødverge når myndighetsutøvingen er ulovlig, og den som gjennomfører den, opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt.

1.3 Avgrensning mot tilgrensede rettslige problemstillinger

Siden oppgavens tema omhandler preventivt nødverge, medfører dette at diverse beslektede emner faller utenfor problemstillingen. Jeg vil i det følgende likevel på en kortfattet måte belyse de viktigste forskjeller mellom nødverge og disse beslektede straffrihetsgrunnene, da det kan tjene til å sette oppgavens problemstilling i en større strafferettslig sammenheng.

1.3.1 Nødrett

Nødrett er i likhet med nødverge en straffrihetsgrunn jf. strl. § 47, og begge har det til felles at man befinner seg i en nødssituasjon ¹². Nødrettsbestemmelsen gir hjemmel til å redde ”nogens person eller gods” fra en ellers ”uafvendelig fare” gjennom en ellers straffbar handling. Ordlyden taler for at regelen rammer vidt, og forarbeidene til den nye straffeloven av 2005 forutsetter i sin tolkning av gjeldende rett at regelen i utgangspunktet fanger opp alle slags nødssituasjoner ¹³.

¹¹ Vedtak om lov om straff ved Besl.O.nr.63 (2004-2005)

¹² Matningdal (2003) s. 380.

¹³ NOU 1983:57 s. 137.

Ved nødrett står ”rett mot rett”¹⁴ i den forstand at man redder seg selv eller tredjemann fra en fare på noen andres bekostning. Det foretas her en interesseavveining mellom de rettsgoder som står på spill ved at den ellers uavvendelige faren på handlingstidspunktet må fremstå som ”særdeles betydelig”¹⁵ i forhold til nødhandlingens skadepotensiale. For eksempel kan en person som bryter seg selv inn i et hus for å søke tilflukt fordi han er forfulgt av en drapsmann.

Til forskjell fra nødrett, står det i nødvergesituasjoner ”rett mot urett”, at man avverger et ulovlig angrep fra en person gjennom en forsvarshandling som rettes mot angriperen.¹⁶ Formulert annerledes, så er det en forutsetning for lovlig utøvelse av nødverge at det foreligger et ulovlig angrep og en forsvarshandling som retter seg mot dette angrepet.¹⁷ I nødrettssituasjoner kreves det på den annen side kun en tilstrekkelig nødssituasjon.¹⁸ Eksempelet nevnt ovenfor om personen som er på flukt fra drapsmannen og derfor bryter seg inn i et hus, handler ikke i nødverge selv om det foreligger et ”rettstridig angrep” i lovens forstand. Grunnen til dette er at nødhandlingen ikke er rettet mot angriperen, men mot en utenforstående tredjemann. Fordi det urettmessige i nødvergesituasjoner må vike for det rettmessige, er også terskelen for nødvergeadgangen lavere enn i nødretten.¹⁹ Nødrett vil etter dette ikke bli behandlet noe nærmere i den videre fremstilling.

1.3.2 Selvtakt

Lovlig selvtakt er også en form for privat rettshåndhevelse, men til forskjell fra nødverge karakteriseres selvtakt ved å være gjenopprettende.²⁰ I nødvergesituasjoner kan man ikke foreta en lovlig nødvergehandling hvis angrepet er avsluttet før

¹⁴ Augdahl (1920) s. 5

¹⁵ Jf. strl.§ 47

¹⁶ Augdahl (1920) s. 5, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205

¹⁷ Jf. Rt.1979 s. 429 som omtales i punkt 4.1.2 i avhandlingen

¹⁸ Matningsdal (2003) s. 380

¹⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205

²⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205, Andenæs (2004) s. 160

forsvarshandlingen iverksettes.²¹ I slike tilfeller hvor angrepet er opphørt kan den ulovfestede²² selvtektsregelen gjøre handlingen rettmessig likevel.²³

Grensen mellom nødverge og lovlig selvtekt kan imidlertid i noen tilfeller være flytende. I forarbeidene til straffeloven av 2005 illustreres det med dette treffende eksemplet: *”Det er nødverge dersom man overrasker tyven på fersk gjerning og tvinger ham til å slippe tyvegodsset, men selvtekt dersom tyven påtreffes noen timer senere og tvinges til å levere tilbake det han har tatt.”*²⁴

1.3.3 Nødverge mot offentlige inngrep²⁵

Etter ordlyden å bedømme, kan hvilke som helst rettstridige angrep møtes med en nødvergehandling.²⁶ Det oppstår da spørsmål om ikke det også kan utøves nødverge mot offentlige myndigheters ”rettstridige angrep”. I teori og i rettspraksis har bestemmelsen naturlig nok blitt tolket innskrenkende på dette punkt.²⁷ Begrunnelsen er at en for vid nødvergeadgang mot offentlige myndigheters tjenestehandlinger vil kunne utfordre den offentlige myndighetsutøvelse. Hensynet til effektiv håndhevelse av loven tilsier at slik nødvergerett bør kun foreligge rent unntaksvis. Det er derfor i utgangspunktet kun i tilfeller hvor det foreligger et ”åpenbart overgrep”²⁸ ved f.eks. vold fra en polititjenesteperson, at det kan bli tale om å utøve nødverge. Dersom den angrepne kan bebreides for myndighetenes ulovlige overgrep, vil en strengere proporsjonalitetsvurdering legges til grunn. Problemstillingen faller imidlertid utenfor oppgavens tema, og vil ikke bli behandlet noe nærmere da det vanskelig kan tenkes situasjoner der preventivt nødverge lovlig kan utøves mot offentlige myndigheters handlinger.

²¹ Hva det innebærer at angrepet ikke kan være avsluttet behandles nærmere i avhandlingens punkt 3.1.3

²² Den hittil ulovfestede regelen om lovlig selvtekt er nå blitt lovfestet i straffeloven av 2005 § 19

²³ Matningsdal (2003) s. 380 og 382

²⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205, og nærmere om selvtekt på s. 210

²⁵ Dette er nå uttrykkelig lovfestet i vedtak til lov om straff (straffeloven) Besl.O.nr.63 (2004-2005), § 18 tredje ledd. Nødvergeadgangen er imidlertid skjerpet ved at det ulovlige angrepet må nå i tillegg være ”...forsettlig eller grovt uaktsomt”. Se også Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 421-422

²⁶ Se punkt 3.2 i avhandlingen

²⁷ NOU 1992:23 s. 97

²⁸ Andenæs (2004) s. 170

1.3.4 Nødverge mot angrep fra dyr

Det antas at kun mennesker kan foreta et rettsstridig angrep i egenskap av å inneha en evne til å handle rettsstridig.²⁹ Nødverge kan derfor i utgangspunktet ikke utøves ovenfor angrep fra dyr, med mindre det er brukt som et redskap for et menneske.³⁰ I de fleste tilfeller hvor et dyr angriper et menneske, vil nødrettsbestemmelsen i § 47 kunne komme til unnsetning, pga. interesseovervekten mellom de interesser som står på spill vil lettere gå i menneskets favør.³¹ Det synes imidlertid å være enighet om at § 48 kan få analogisk anvendelse ”i en viss utstrekning”³² i de tilfeller hvor dyr angriper andre dyr eller andre formuesgoder.³³ Det er imidlertid ikke tale om noen direkte anvendelse av § 48 ved angrep fra dyr, men en analogisk anvendelse av avveiningsprinsippene.³⁴ Begrunnelsen er at interesseavveiningen i gjeldende nødrettsbestemmelse gir for dårlig beskyttelse i de tilfeller hvor det angrepne dyret eller formuesgodet er av mindre verdi, enn dyret som angriper.³⁵

1.3.5 Angrep på annet enn på person

I denne avhandlingen ser jeg det som mest interessant for oppgavens problemstilling å la den omhandle angrep på en persons liv, legeme, og helse (både psykisk og fysisk). Angrep på formuesrettslige og offentlige interesser vil dermed ikke bli behandlet.

1.3.6 Selvskudd³⁶

Såkalte selvskudd eller andre forberedende beskyttelseshandlinger mot fremtidige angrep, kommer heller ikke til å bli behandlet i denne avhandlingen.

²⁹ Eskeland (2006) s. 243, Andenæs (2004) s. 163, Slettan (2001) s. 93, Matningsdal (2003) s. 381

³⁰ Andenæs (2004) s. 163

³¹ NOU 1992:23 s. 93, Andenæs (2004) s. 163

³² Jf. Rt. 1978 s. 553

³³ Andenæs (2004) s. 163-164, Eskeland (2006) s. 244, Bratholm (1980) s. 140

³⁴ I Rt. 1988 s. 928 ble det uttalt at strl § 48 ”...ikke kan anvendes direkte når det gjelder angrep fra dyr, men at det kan bli spørsmål om å anvende avveiningsprinsippene i § 48 analogisk.”

³⁵ Eskeland (2006) s. 244

³⁶ Problemstillingen er mye omtalt i juridisk teori. Se bl.a. NOU 1992:23 s. 96

1.4 Metode og fremstillingen videre

Hovedproblemstillingen er som nevnt innledningsvis i hvilken grad norsk rett hjemler en adgang for utøvelse av preventivt nødverge. I punkt 2 behandles kort de viktigste hensynene bak nødvergebestemmelsen. I punkt 3 og 4 behandles vilkårene til henholdsvis nødvergesituasjonen og nødvergehandlingen, med underliggende problemstillinger. Siden vilkårene i § 48 gjelder nødverge generelt, vil det være av interesse for oppgavens hovedproblemstilling å behandle de generelle vilkår før det foretas en nærmere analyse av i hvilken utstrekning preventivt nødverge kan utøves. Den nærmere analyse av tidspunktet for når og hvordan det lovlig kan utøves nødverge mot fremtidige angrep vil bli behandlet i punkt 5. Her vil jeg analysere de viktigste rettskildefaktorene i samsvar med alminnelig juridisk metode. I punkt 6 vil jeg kort behandle reglene for straffrihet og straffnedsettelse ved overskridelse av grensene for lovlig nødverge.

2 Hensynene bak nødvergeretten³⁷

Som ved andre rettsområder utenfor strafferetten, er rettsreglene et resultat av et kompromiss mellom ulike motstridende hensyn. Dette gjelder ikke minst nødvergebestemmelsen i strl. § 48.

Det hevdes at retten til selvforsvar mot ulovlige angrep er et naturlig prinsipp, siden det strider mot menneskets natur å kreve at man skal finne seg i overgrepet.³⁸ I motivene til straffeloven uttrykkes dette synspunkt slik: ”*Man har altid og overalt anseet den, der er Gjenstand for et morderisk Anfald, berettiget til at værgе sig derimod ved ethvert til hans Raadighed staaende Middel, endog ved at slaa Angriberen ihjel.*”³⁹

³⁷ Se punkt 5.5 for en nærmere drøftelse av reelle hensyn som tolkningsfaktor for adgangen til preventivt nødverge

³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 208, Andenæs (2004) s. 160

³⁹ S.K.M. s. 81

Utgangspunktet er at det er de offentlige myndigheter som har ansvaret og eneretten til rettshåndhevelsen.⁴⁰ Nødvergeretten er derfor et unntak fra dette, i det den hjemler en form for privat rettshåndhevelse. En av hovedbegrunnelsene for nødvergeretten er at det er praktisk umulig for de offentlige myndigheter å forsvare sine borgere til enhver tid, mot ethvert angrep.⁴¹ Politiet har eksempelvis ikke kapasitet til å overvåke alle borgere slik at de til enhver tid skal være sikret mot alle mulige og tenkelige angrep. Allmennpreventive hensyn taler imidlertid imot en utstrakt bruk av privat rettshåndhevelse, og det blir derfor viktig for myndighetene å markere at en handling som overskrider grensene for lovlig nødverge er straffbar.

Det forhold at det ved nødverge står ”rett mot urett” ved at det foreligger et ulovlig angrep, taler for at det urettmessige ikke skal tilgodeses på bekostning av det rettmessige.⁴² Dersom dette ikke var tilfellet, ville dette ført til en kaotisk samfunnstilstand hvor de sterkeste hersket på bekostning av de svake. Under slike omstendigheter kan man vanskelig tenke seg at et forbud mot rettmessige nødvergehandlinger kunne blitt opprettholdt.⁴³

Det antas at nødvergeadgangen også har en allmennpreventiv effekt, slik at en angriper vegrer seg mot å utføre et ulovlig angrep når han vet at den angrepne kan ta igjen med samme mynt.⁴⁴ Man kan derfor si at nødvergeretten har en folkeoppdragende funksjon⁴⁵, som bidrar til å redusere antallet straffbare handlinger i samfunnet.⁴⁶

En vid nødvergeadgang taler imidlertid for at nødvergeretten lett kan misbrukes. Hevnlystne nødvergeutøvere kan f.eks. ha et ønske om å påføre angriperen mest mulig skade uavhengig av interessekrenkelsens omfang. Enkelte kan også misforstå situasjonen og se på det som et angrep der andre ikke gjør det. Risikoen for at nødvergeutøveren tar feil av nødvergesituasjonen eller feilberegner nødvendigheten av

⁴⁰ Bratholm (1980) s. 139

⁴¹ S.K.M s. 84

⁴² Augdahl (1920) s. 5

⁴³ Bratholm (1980) s. 139

⁴⁴ Augdahl (1920) s. 6, Bratholm (1980) s. 139

⁴⁵ Augdahl (1920) s. 6

⁴⁶ Bratholm (1980) s. 139

forsvarshandlingen, taler derfor imot en vid nødvergeadgang. Dette taler for at retten ikke kan forsvares til enhver pris.

At lovlig utøvd nødverge er både straffri, rettmessig og lovlig jf. punkt 1.2, er et uttrykk for at vi i vår rett ikke anser lovlig utøvelse av nødverge som tilstrekkelig straffverdig. Eskeland, uttrykker dette som at ”...grensene for den alminnelige handlefriheten utvides fordi en handlings grad av straffverdighet reduseres når den er foretatt i en nødssituasjon. Noen ganger faller straffverdigheten helt bort.”⁴⁷ Når man vurderer forsvarligheten av om en ellers straffbar handling skal være straffri, må derfor handlingens straffverdighet avveies opp mot myndighetenes enerett til rettshåndhevelse, allmennpreventive hensyn og rettsikkerhetshensyn.⁴⁸ Strl. § 48 kan derfor sies å være et resultat av en slik avveining av ulike motstridende hensyn.

3 Kravene til nødvergesituasjonen

Det første vilkåret som må være oppfylt for at det skal foreligge en rett til å foreta en nødvergehandling, er at det må foreligge et ”*rettsstridigt Angreb*” jf. § 48 andre ledd. Det er dette vilkåret som setter betingelser for hva slags nødvergesituasjon som må foreligge før det kan være tale om noen nødvergehandling. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en rettsstridig handling, men det må i tillegg dreie seg om et rettstridig angrep. Hva lovgiver har ment med begrepene *angrep* og *rettstridig* er temaet for den videre drøftelse i dette kapittelet.

3.1 Det rettsstridige angrepet

Det er et absolutt krav til nødssituasjonen at det må foreligge et ”Angreb”, og hvis ikke dette er tilfellet kommer strl. § 48 overhodet ikke til anvendelse.⁴⁹

⁴⁷ Eskeland (2006) s. 254

⁴⁸ Eskeland (2006) s. 255 og 490-491

⁴⁹ Rt. 1981 s. 21 ifølge Matningsdal (2003) s. 381

3.1.1 Angrepets art

”Angrep” kan forstås som det motsatte av det å forsvare seg. En alminnelig språklig forståelse av begrepet tilsier at det er tale om en offensiv, potensiell skadelig handling. Utgangspunktet er derfor at angrepet må være en ”aktiv interessekrenkelse”⁵⁰.

Isolert sett, gir ikke ordlyden holdepunkter for å skille mellom fysiske eller ikke-fysiske angrep som for eksempel psykisk mishandling i form av mobbing eller trakassering, da dette ikke er uttrykkelig spesifisert i loven. Men det er sikker rett at også psykisk mishandling eller trakassering regnes som et rettstridig angrep.⁵¹

Ifølge Augdahl er det ikke mulig å definere begrepet *angrep* uttømmende og det må derfor ved tolkningen av begrepet tas i betraktning de reelle hensyn som både begrunner og begrenser nødvergeretten.⁵² Hva som nærmere ligger i begrepet ”Angreb” følger av den videre drøftelse.

3.1.2 Passive angrep i form av unnlatelser

Et særlig spørsmål som oppstår, er om også unnlatelser kan bli å betrakte som et angrep. En unnlatelse faller utenfor en språklig forståelse av ”angrep” idet begrepet synes å forutsette en aktiv handling jf. drøftelsen ovenfor.

Ifølge forarbeidene til straffeloven og juridisk teori kan det likevel tenkes tilfeller hvor det er rimelig⁵³ at en unnlatelse kan bli å betrakte som et angrep. De reelle hensynene som begrunner nødvergeadgangen, kan derfor tale for at ”Angreb” må tolkes utvidende til også å omfatte unnlatelser. To hyppig nevnte eksempler på ”passive angrep”⁵⁴ i den juridiske teori⁵⁵ er hentet fra motivene til straffeloven av 1902. I forbindelse med det første eksemplet som nevnes i motivene uttales det at: *”Den der f. Ex for at hindre Redning retsstridig forbliver siddende saaledes, at den Aabning, hvorigjennem*

⁵⁰ NOU 1992:23 s. 94, Et begrep også benyttet i Andenæs (2004) s. 161,

⁵¹ Se eksempelvis Rt. 1996 s. 141 og dom av Moss tingrett avsagt 08.09.2010, som begge gjaldt preventivt nødverge mot langvarig forutgående mobbing. Dommene vil bli drøftet i punkt 5.3

⁵² Augdahl (1920) s. 16.

⁵³ NOU 1992:23 s. 94

⁵⁴ I S.K.M. s. 87 er bl.a. uttrykksformen ”passiv Modstand” benyttet

⁵⁵ Bratholm (1980) s. 141, Andenæs (2004)s. 161, Eskeland (2006) s. 241.

Redningen maa ske, spærres, er visselig skyldig i et retsstridigt Angreb”⁵⁶. En slik situasjon kan fremstå som et indirekte angrep, idet unnlatelsen av å muliggjøre redningen ved aktivt å hindre den, medfører fare for liv og helse.

I blant kan imidlertid en unnlatelse ha karakter av å være en positiv handling som ligner på de ordinære angrep i form av en aktiv handling. Dette vil være tilfellet ”... *hvor Undlatelsen er et Led i en positiv Handling, f. Ex. naar den, der har indestængt en anden, vægrer sig for at lukke op igjen.*”⁵⁷. I disse tilfeller er det ikke bare tale om et passivt angrep i den forstand at en eventuell redning hindres, men et angrep i form av en aktiv handling idet innestengelsen er ledd i et angrep i seg selv (frihetsberøvelse).

Det avgjørende vil her være hvorvidt unnlatelsens straffverdighet begrunner en utvidende tolkning av begrepet ”Angreb”, slik at unnlatelsen likestilles med en aktiv interessekrenkelse. Dersom man forholder seg passiv i en situasjon hvor man har en handleplikt, vil dette kunne likestille unnlatelsen med et rettstridig angrep.⁵⁸

3.1.3 Angrepet kan ikke være avsluttet

Som nevnt ovenfor, må det foreligge et angrep for at det overhodet skal foreligge en nødvergesituasjon som berettiger lovlig utøvelse av nødverge. En logisk slutning ut fra at angrepet må være en aktiv interessekrenkelse, tilsier at angrepet ikke kan være avsluttet for at nødvergesituasjonen skal bestå. Etter dette tidspunkt vil man følgelig ikke ha noe å forsvare seg mot eller avverge. Dette er da også sikker rett, at nødvergesituasjonen opphører når angrepet er avsluttet.⁵⁹ På den annen side kreves det heller ikke at angrepet er gjennomført, for da vil det være for sent til å kunne forsvare seg eller avverge det.⁶⁰

⁵⁶ S.K.M. s. 87

⁵⁷ S.K.M. s. 88

⁵⁸ Augdahl (1920) s. 23

⁵⁹ Rt. 1987 s. 1127, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 205, Matningsdal (2003) s. 380

⁶⁰ Bratholm (1980) s. 141

Problemstillingen blir dermed hva som skal anses som et avsluttet angrep som medfører at det ikke foreligger en nødvergesituasjon og som derfor utelukker lovlig utøvelse av nødverge.

Det kan oppstå kompliserte avgrensningsspørsmål i forbindelse med situasjoner hvor angrepet opphører av ulike årsaker, og som dermed utelukker en eventuell nødvergehandling. Angrepet kan f.eks. være avsluttet fordi den like før gjennomføringen avbrytes. A er f.eks. i ferd⁶¹ med å angripe B, men ombestemmer seg og lar være. Han oppfører seg f.eks. truende og like før han begynner å slå B, ombestemmer seg fordi han ser politiet i nærheten og stikker derfor av. Et annet tilfelle kan tenkes hvor A påbegynner et angrep ovenfor B, men oppnår ikke det ønskede resultatet og stikker deretter av. Det kan også tenkes at A gjennomfører et angrep ovenfor B, men B ikke forsvarer seg fordi han f.eks. er redd for å slå tilbake.⁶² I alle de nevnte eksemplene, så medfører den omstendighet at B ikke benyttet seg av nødvergeretten i tide så lenge det forelå en nødvergesituasjon at det heller ikke foreligger noen nødvergerett etter dette tidspunkt. Grunnen til dette er ganske innlysende siden det etter dette tidspunkt ikke vil være noe å avverge, eller forsvare seg mot. Et angrep kan derfor sies å være avsluttet når enten gjerningsmannen har oppnådd sitt mål, eller situasjonen har stabilisert seg på en slik måte at det ikke lenger kan sies å foreligge et angrep.⁶³

Det som etter min mening er den mest dekkende måten å beskrive angrepet på, som viser til når det senest kan sies å foreligge en nødvergesituasjon, er begrepet ”vedvarende”⁶⁴. Så lenge angrepet varer⁶⁵ kan den ikke være avsluttet⁶⁶, og begrepet synes også å dekke det som er sagt ovenfor om passive angrep i form av unnlatelser. Unnlatelsens straffverdighet som foranlediger til bebreidelse er det som oppstiller

⁶¹ Grensen mellom straffritt forberedelse og straffbart forsøk i strafferettslig forstand, vil ikke uten videre utelukke nødvergerett mot et rettstridig angrep, da det kan være for sent å vente med avvergelsen i enkelte tilfeller jf. Hagerup (1911) s. 239 og Bratholm (1980) s. 139-141

⁶² Hvis angrepet ikke gjelder personen B, men et annet retts gode, kan lovlig selvtækt under visse omstendigheter utøves for å gjenopprette situasjonen. Om grensen mellom nødverge og lovlig selvtækt, se punkt 1.3.2 i avhandlingen

⁶³ Eskeland (2006) s. 244-245

⁶⁴ Slettan (1987) s. 603

⁶⁵ Se Hagerup (1911) s. 239.

⁶⁶ Bratholm kaller det for et ”fortsatt angrep” jf. Bratholm (1980) s. 142

handleplikten, og så lenge den unnlattende har en handleplikt (låse opp døren slik at frihetsberøvelsen opphører), kan vi si at angrepet derfor er vedvarende så lenge handleplikten består.

For de tilfeller hvor angrepet ansees som avsluttet fordi den allerede har blitt avverget ved at B har benyttet seg av nødvergeretten i tide, men etterfølgende handlinger får karakter av avstraffelse eller gjengjeldelse, vil jeg behandle under kravene til nødvergehandlingen under punkt 4.1.

3.1.4 Det angrepne rettsgodet

En alminnelig språklig forståelse av begrepet ”rettsstridigt Angreb”, tilsier at det ikke legges noen begrensninger i henhold til objektet eller subjektet som er gjenstand for angrepet. Dette tilsier at nødverge kan utøves mot både ulovlige angrep på personer og hvilket som helst annet rettsgode.⁶⁷ I forarbeidene til den nye straffeloven sies det at *”nødverge kan skje til forsvar for ethvert rettsgode, både person, eiendom, ære og offentlige interesser. Rettsgodet behøver ikke tilhøre en selv; også angrep på andres interesser kan møtes med nødverge.”*⁶⁸

3.2 Rettsstridigheten

Det kan så spørres hva som ligger i at angrepet må være ”rettsstridigt”.

Rettsstridig kan forstås som at noe er i strid med loven - eller uttrykt på en annen måte; at noe er ulovlig. Det er imidlertid ikke noe vilkår at det rettsstridige angrepet må være en straffbar handling i strafferettslig forstand⁶⁹, selv om det i praksis ofte vil være det. Hva som skal bedømmes som rettsstridig kan ses under synsvinkelen overskridelse av den alminnelige handlefriheten⁷⁰, og det avgjørende vil derfor være hvorvidt handlingen er ulovlig.⁷¹ Den nye straffeloven av 2005 viderefører denne tankegang, da ordet *rettsstridig* er erstattet med ordet *ulovlig*⁷². Utgangspunktet er derfor at et ”angrep

⁶⁷ Bratholm (1980) s. 143

⁶⁸ NOU 1983:57 s. 138, NOU 1992:23 s. 93

⁶⁹ Matningsdal (2003) s. 381, Bratholm (1980) s. 139, Andenæs (2004) s. 163

⁷⁰ Bratholm (1980) s. 140, Eskeland (2006) s. 243

⁷¹ Eskeland (2006) s. 243

⁷² Se § 18 bokstav a) i Besl.O.nr.63 (2004-2005).

*mot en rettsbeskyttet interesse er ulovlig hvis det ikke foreligger en grunn som gjør det lovlig, for eksempel nødrett, nødverge, lovlig selvtakt eller offentlig myndighetsutøvelse.*⁷³ I dette ligger det blant annet at en lovlig nødvergehandling ikke kan møtes med en motsvarende nødvergehandling fra angriperens side.⁷⁴

Vurderingen av hvorvidt angrepet er ulovlig eller ikke, bedømmes objektivt.⁷⁵

Begrunnelsen er at et angrep kan være rettstridig, selv om angriperen kan være i aktsom god tro om at angrepet er lovlig.⁷⁶ Angrep fra strafferettslig utilregnelige personer, for eksempel personer under 15 år eller psykotiske personer, vil det derfor likevel kunne utøves nødverge ovenfor.⁷⁷ Her veier hensynet til det å kunne forsvare seg i nødssituasjoner tyngre enn hensynet til angriperens rettsikkerhet. Den omstendighet at angriperen var utilregnelig eller i god tro kan imidlertid få betydning for hvor langt man kan gå i forsvaret.⁷⁸

Hvis et angrep blir fremprovosert, oppstår spørsmålet om dette påvirker bedømmelsen av om angrepet er rettstridig eller ikke. Loven krever ikke at det rettstridige angrepet ikke kan være fremprovosert, men provokasjonen vil kunne innvirke på bedømmelsen av hvor langt man kan gå i forsvaret.⁷⁹ I slike tilfeller vil ”angriperens skyld”. under vurderingen av om handlingen var ”ubetinget utilbørlig”⁸⁰, være mindre siden den angrepne selv har fremkalt angrepet.⁸¹

3.3 Ikke-påbegynte angrep

Problemstillingen er her hvorvidt vi har en rettslig hjemmel som gir adgang til å foreta en nødvergehandling mot fremtidige angrep. Som nevnt innledningsvis, så innebærer nødverge mot et fremtidig angrep at angrepet rent faktisk ikke er påbegynt. Uttrykt på

⁷³ NOU: 1992:23 s. 94, også Andenæs (2004) s. 163

⁷⁴ Eskeland (2006) s. 243, Andenæs (2004) s. 163

⁷⁵ Bratholm (1980) s. 140, Andenæs (2004) s. 163, Eskeland (2006) s. 243

⁷⁶ I.c.

⁷⁷ Bratholm (1980) s. 143, Andenæs (2004) s. 163

⁷⁸ Jf. nødvendighetsvilkåret i punkt 4.2 og proporsjonalitetsvilkåret i punkt 4.3

⁷⁹ Andenæs (2004) s. 164, Bratholm (1980) s. 143, Eskeland (2006) s. 244

⁸⁰ Jf. § 48 andre ledd og punkt 4.3 i avhandlingen

⁸¹ Eskeland (2006) s. 244

en annen måte så innebærer et *fremtidig angrep* at det ikke er tale om et pågående angrep.

Retten til å utøve nødverge mot fremtidige angrep er ikke uttrykkelig hjemlet i gjeldende straffelov av 1902. Ved vurderingen av hvorvidt og i hvilken grad norsk rett hjemler for preventiv nødverge, må det derfor tas utgangspunkt i en fortolkning av strl. § 48 som gjelder nødverge generelt. Annet ledd i strl. § 48 oppstiller vilkårene for når det foreligger straffri nødverge, og den lyder slik:

” Det er Nødverge, naar en ellers strafbar Handling foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil, og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet. ”

Utgangspunktet for tolkningen er den alminnelige språklige forståelsen av lovteksten.

”Forsvar mod...et...Angreb” kan forstås som å beskytte seg eller kjempe imot et allerede påbegynt angrep. Å forsvare seg i en slik sammenheng synes å forutsette et påbegynt angrep fordi en forsvarshandling innebærer et aktivt forsøk på å stanse en potensiell skadelig handling.

”Afvergelse af...et... Angreb” kan imidlertid forstås som bl.a. å unngå, forhindre eller komme en potensiell skadelig handling i forkjøpet. Begrepet synes også å dekke de tilfeller der man antar at et angrep kommer til å inntreffe, men som ikke nødvendigvis er påbegynt. Dette taler for at ordlyden ikke er til hinder for at ikke-påbegynte angrep omfattes av nødvergebestemmelsen.

I den gamle straffeloven av 1842 var det tidligere et vilkår at angrepet var påbegynt, eller overhengende jf. kap.7 § 7.⁸² En nødvergehandling mot et overhengende angrep er imidlertid også preventivt nødverge i faktisk forstand, ettersom forsvarshandlingen

⁸² <http://www.hist.uib.no/krim/1874/>

tidsmessig kommer forut for angrepet. Når gjeldende nødvergebestemmelse har forlatt denne uttrykksmåte, taler dette for at man ikke har villet begrense nødvergeadgangen ut fra et terminologisk perspektiv.⁸³

I motivene til straffeloven fremgår det uttrykkelig at man bevisst har unngått å stille krav om at angrepet skal være påbegynt eller umiddelbart forestående med den begrunnelse at ”... *Tilfælde kan forekomme, hvor Nødverge maa tilstedes ogsaa overfor mere fremtidige Angreb*”⁸⁴. At lovgiver bevisst har valgt å ordlegge seg på en slik måte ved utformingen av lovteksten - at det ikke stilles krav om et påbegynt angrep, og det uttrykkelig nevnes i motivene at nødverge mot fremtidige angrep kan være berettiget i visse situasjoner - må tillegges betydelig vekt i retning av å tillate preventivt nødverge.

I de få Høyesterettsdommene hvor spørsmålet om preventivt nødverge har vært tatt opp, har Høyesterett gitt uttrykk for at det ikke er noe krav om at angrepet skal være påbegynt. I Høyesterettsdommen Rt. 1996 s. 141⁸⁵ ble denne prinsipielle uttalelsen gitt: ”*Som bemerket av herredsretten, må straffeloven § 48 om nødverge i prinsippet også kunne anvendes hvor det dreier seg om et fremtidig angrep, som ikke lar seg avverge på annen måte.*” (s. 142)

At det er en viss adgang til å utøve nødverge mot ikke-påbegynte angrep støttes av ordlyden i loven, forarbeidene⁸⁶, rettspraksis⁸⁷ og det synes også å være enighet om dette i den juridiske teori⁸⁸. I forarbeidene til strl. 2005, ble det i en drøftelse av gjeldende rett uttalt: ”*Etter gjeldende rett kan det ikke kreves at angrepet skal være påbegynt eller umiddelbart forestående. På den annen side er det ikke nok at det bare er en mulighet til stede for et angrep. Innenfor disse yttergrensene synes rettstilstanden*

⁸³ Jf. punkt 5.2.1 hvor motivene analyseres nærmere

⁸⁴ S.K.M. s. 86

⁸⁵ Dommen vil bli drøftet i punkt 5.3

⁸⁶ Utkast til Almindelig borgerlig Straffelov, II Motiver s. 86-87

⁸⁷ Rt. 1996 s. 141 (s. 142), Rt. 1982 s.1216 (s. 1218)

⁸⁸ Eskeland: (2006) s. 242, Andenæs (2004) s. 162, Slettan (1987) s.600, Augdahl (1920) s. 56, Bratholm (1980) s. 141, Kjerschow (1930) s. 135, Hagerup (1916) s. 56

uklar.”⁸⁹ Det som fremdeles er uavklart og omstridt, er dermed hvor nært forestående i tid og hvor konkretisert eller sannsynlig det fremtidige angrepet må være for at det skal kunne være adgang til å utøve en lovlig nødvergehandling mot et forventet angrep. Denne problemstillingen vil bli nærmere behandlet i punkt 5.

4 Kravene til nødvergehandlingen

Dette kapittelet omhandler vilkårene for at utøvelsen av nødvergeretten skal være lovlig, når først en slik nødvergesituasjon som beskrevet i foregående kapittel foreligger. Spørsmålet som oppstår er hvilke krav som stilles til nødvergehandlingen for at den skal være lovlig. Problemstillingen forutsetter at kravene til nødvergesituasjonen er oppfylt.

4.1 Avvergende forsvarshandling

I § 48 annet ledd oppstilles det som et vilkår at nødvergehandlingen må ”foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod” et angrep. Etter ordlyden å bedømme tilsier dette at nødvergehandlingen må være av avvergende karakter jf. drøftelsen under punkt 3.3 angående stansing og hindring av angrep. I Rt. 1995 s. 20 hvor en politimann tvangsmedisinerte en utlending ved uttransportering, ble nødverge utelukket som frifinnelsesgrunnlag pga. handlingen ikke ble ”... foretatt for å avverge noen farlig situasjon.” (s. 21). At forsvarshandlingen må være avvergende innebærer også at den ikke kan være gjenopprettende.⁹⁰

Som det følger av drøftelsen under punkt 3.1.3 så foreligger det ikke noen nødvergesituasjon som berettiger en nødvergehandling når angrepet er avsluttet. At et angrep blir avverget med en forsvarshandling, har imidlertid også den motsatte konsekvens at angrepet anses for avsluttet. Fordi man ikke lenger vil ha noe å forsvare

⁸⁹ NOU 1992:23 s. 95. Gjeldende rett søkes dessuten videreført i den nye straffeloven av 2005 jf. Otr.prp.90 (2003-2004) s. 420

⁹⁰ Slettan (1987) s. 603, Andenæs (2004) s. 160, se også om grensen mellom lovlig selvtekt og nødverge under punkt 1.3.2

seg mot etter dette tidspunkt, anses nødvergesituasjonen derfor for opphørt.⁹¹ Dersom nødvergeutøveren (den angrepne) etter dette tidspunkt likevel fortsetter med en ”etterfølgende avstraffelse”⁹², vil dette i realiteten innebære et rollebytte: den angrepne blir en angriper, og angriperen blir den angrepne.⁹³ Dette vil være tilfellet når f.eks. A overfaller B, B utøver nødverge og uskadeliggjør A, men gir han også en etterfølgende omgang med juling i tillegg.⁹⁴ Hvis angrepet er en legemskrenkelse og gjengjeldelsen er en legemsfornærmelse, vil handlingen likevel kunne bli straffri jf. strl. § 228 tredje ledd.⁹⁵ For andre gjengjeldende handlinger vil straffen eventuelt kunne nedsettes etter strl. § 56 bokstav b om ”berettiget harme”.

At nødvergeutøvelsen ikke ansees som avvergende når angrepet anses for avsluttet, har også den konsekvens at man ikke kan bli straffri etter § 48 fjerde ledd om overskridelse av nødverge. Dette var tilfellet i Rt. 1987 s. 1127, hvor det i utgangspunktet forelå en nødvergesituasjon som ble avverget av tiltalte, men ble enstemmig dømt for legemsbeskadigelse jf. strl. § 229 første ledd pga. at den etterfølgende avstraffelsen medførte at det ikke lenger forelå noen nødvergesituasjon.

En nokså annen problemstilling som oppstår er hvorvidt vilkåret om en avvergende forsvarshandling må tolkes slik at nødvergehandlingen må utøves i den hensikt å avverge angrepet – eller om det er tilstrekkelig at handlingen er egnet rent faktisk til å avverge angrepet.⁹⁶ Den mest utbredte oppfatningen er at det ikke er motivet som er det avgjørende⁹⁷, men ”om det objektivt sett foreligger en nødvergesituasjon, og at den handlende skjønner dette.”⁹⁸

Et eksempel fra det virkelige liv som illustrerer problemstillingen ifølge Augdahl, er hvor en ”... person beslutter at dræpe sin forhadte stedfar og begiver sig til den ende, bevæpnet med en øks, en nat til morens og stedfarens soveværelse. Han kommer

⁹¹ Bratholm (1980) s. 142, Matningsdal (2003) s. 382

⁹² Matningsdal (2003) s. 382

⁹³ I et slikt tilfelle vil også den etterfølgende avstraffelsen kunne ansees som et ”rettstridig angrep” som kan gjøre nødvergeutøvelse berettiget.

⁹⁴ Bratholm (1980) s. 142.

⁹⁵ Se Andenæs v. Andorsen (2008) s. 76 og Matningsdal (2003) s. 382

⁹⁶ Eskeland (2006) s. 245, Andenæs (2004) s. 167

⁹⁷ Eskeland (2006) s. 245, Andenæs (2004) s. 167, Matningsdal (2003) s. 382

⁹⁸ NOU 1992:23 s. 93

*tilfældigvis ind i værelset i det øieblik, stedfaren er ifærd med at ta livet av hans mor. Han dræper nu stedfaren og redder derved sin mors liv.”*⁹⁹ I dette tilfellet hadde personen i eksemplet allerede bestemt seg for å drepe sin stefar. At han tilfeldigvis befant seg på rett sted og til rett tid slik at det i lovens forstand forelå en nødvergesituasjon, må her være det avgjørende fremfor drapsmotivet. I de tilfeller hvor nødvergehandlingen overskrider grensene for lovlig nødverge, vil imidlertid drapsmotivet etter omstendighetene utelukke straffrihet etter § 48 fjerde ledd, pga. det kreves årsakssammenheng mellom overskridelsen og sinnsbevegelsen fremkalt ved angrepet.¹⁰⁰

4.1.1 Nødvergehandlingens art

Annet ledd i § 48 beskriver nødvergehandlingen som en ”ellers strafbar Handling”. Dette betyr at det ikke er noen grenser for hvilke straffbare handlinger som kan bli straffrie når lovlig nødverge utøves.¹⁰¹ Hvilken som helst handling som ellers ville vært å anse som en overtredelse av et straffebud i straffeloven, vil være å anse som straffri ved lovlig utøvelse av nødvergeretten. På den annen side, hvis forsvars- eller avvergelseshandlingen ikke er en ”ellers strafbar Handling”, vil det heller ikke foreligge noe behov for å påberope seg at man har handlet i nødverge. Dette må imidlertid ikke forstås dit hen at det foreligger valgfrihet ved valg av avvergelses- eller forsvarshandling i en nødvergesituasjon. Som det vil komme frem av drøftelsen nedenfor av nødvendighets- og proporsjonalitetsvilkåret under punkt 4.2 og 4.3, vil disse begrensningene sette betydelige skranker for handlingsfriheten med hensyn til valg av nødvergehandling. Jo mer inngripende, alvorligere eller farligere nødvergehandlingen er, desto mer skal det til for å oppfylle lovens vilkår.¹⁰²

Når et angrep i utgangspunktet er definert som en aktiv interessekrenkelse, tilsier dette at også nødvergehandlingen kan komme til å påføre angriperen en form for skade ved avvergelsen av den. I følge Augdahl er det kun skade som påføres angriperen under forsvaret som blir å betrakte som en nødvergehandling.¹⁰³ Dette begrunner han med at

⁹⁹ Augdahl (1920) s. 67

¹⁰⁰ Jf. Punkt 6 i avhandlingen

¹⁰¹ Eskeland (2006) s. 245, Slettan (2001) s. 93

¹⁰² Slettan (2001) s. 93

¹⁰³ Augdahl (1920) s. 63

det ligger i selve nødvergerettens natur, og at det alltid har "... været antat saavel hos os som andetsteds." Dersom angriperen ikke påføres noen form for skade under avvergelsen av den, vil det overhodet ikke foreligge noen utøvelse av nødverge. Hvis man f.eks. utsettes for et drapsforsøk, og man avverger dette ved å flykte, har man ikke handlet i nødverge i lovens forstand. Flykte kan man jo gjøre uten at lovens vilkår er oppfylt, ettersom ingen påføres noen form for skade.

4.1.2 Hvem forsvarshandlingen kan rettes mot

I motsetning til drøftelsen under punkt 3.2.1 om at angrepet kan rette seg mot hvilket som helst rettsgode, kan forsvars- eller avvergelseshandlingen kun være rettet mot den som utfører et "rettsstridig angrep", altså angriperen. Dette følger av ordlyden "...til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb" jf. strl. § 48 annet ledd. I Rt. 1979 s. 429 hvor tiltalte hadde promillekjørt for å flykte fra en ungdomsgjeng, ble han ikke ansett for å ha handlet i nødverge fordi: *"Bestemmelsen må forstås slik at den bare gjelder tiltak som er rettet mot angriperen."* (s. 430).

Som nevnt under punkt 1.3.1, avgrenses nødverge mot nødrett dersom nødvergehandlingen i stedet for å ramme angriperen, rammer en utenforstående tredjemann eller offentlige interesser.¹⁰⁴ Det antas også at kun mennesker kan foreta et rettsstridig angrep¹⁰⁵, og nødverge kan derfor i utgangspunktet ikke utøves ovenfor angrep fra dyr¹⁰⁶, jf. punkt 1.3.4.

4.1.3 Hvem som kan utøve nødverge

Som det følger av punkt 3.1.4 i avhandlingen, er det ikke noen grenser hvor hvilke rettsgoder som en nødvergehandling kan utøves til fordel for ettersom det ikke er noe krav til subjektet eller objektet som er gjenstand for angrepet.

Ettersom loven kun taler om et rettsstridig angrep som kan avverges, er ordlyden ikke til hinder for at noen andre enn den angrepne som lider interessekrenkelsen avverger angrepet. Ifølge Hagerup følger dette av nødvergerettens objektive rettmessighet: *"Dens*

¹⁰⁴ Se også NOU 1992:23 s. 97, Andenæs (2004) s. 171

¹⁰⁵ Se Eskeland (2006) s. 243, Andenæs (2004) s. 163, Slettan (2001) s. 93, Matningsdal (2003) s. 381

¹⁰⁶ Matningsdal (2003) s. 381

straffrihed er begrundet deri, at den er fornøden for at afværge uretten, ikke deri, at den er subjektivt undskyldelig, fordi den handlendes egeninteresse stod paa spil.”¹⁰⁷

Dette var f.eks. tilfellet i en dom avsagt av Moss tingrett, hvor storebroren til et mobbeoffer enstemmig ble frifunnet for å ha oppsøkt mobberne og tildelt de en rekke slag i ansiktet for å forhindre fremtidig mobbing av lillebroren.¹⁰⁸

4.2 Nødvendighetsvilkåret

Det tredje hovedvilkåret for at det skal foreligge straffri nødverge, er at nødvergehandlingen ikke går lenger enn det som fremstilte seg som nødvendig for å avverge det rettstridige angrepet. I § 48 andre ledd uttrykkes dette slik:

”... saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillede sig som fornødent hertil”

En alminnelig språklig forståelse av begrepet ”fornødent” tilsier at nødvergehandlingen må være absolutt nødvendig for at angrepet skal kunne avverges. En annen side ved nødvendighetsvilkåret er at dersom en nødvergehandling først er nødvendig, er man også forpliktet til å ikke la forsvaret gå lenger enn det som trengs for å avverge angrepet jf. ordlyden *”... ikke overskrider”* det som fremstiller seg som *”...fornødent hertil.”*

Ifølge Eskeland må dette tolkes i samsvar med ordlyden, ettersom det alltid er straffverdig å påføre noen et større onde enn nødvendig.¹⁰⁹ At handlingen ikke må gå lenger enn det som fremstiller seg som nødvendig, gjelder dermed i både intensitet og i tid.¹¹⁰ Hva angår tidsaspektet, så kan ikke nødvergehandlingen fortsette etter at angrepet er avverget.¹¹¹ Hva angår intensiteten, så kan ikke nødvergehandlingen ramme angriperen hardere enn nødvendig, dersom angrepet kan avverges på en mindre inngripende måte.¹¹² Eksempelvis kan man ikke skyte noen, dersom det er tilstrekkelig å slå.

¹⁰⁷ Hagerup (1911) s. 238 - 239

¹⁰⁸ Dom av Moss tingrett, avsagt 08.09.2010 behandles nærmere i punkt 5.3

¹⁰⁹ Eskeland (2006) s. 246

¹¹⁰ Andenæs (2004) s. 166, Slettan (2001) s. 93

¹¹¹ Jf. punkt 4.1 om etterfølgende avstraffelse etter at angrepet er avverget

¹¹² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 206, Matningsdal (2003) s. 382, Slettan (1987) s. 603, Augdahl (1920) s. 73

4.2.1 Aktsomhetsplikten¹¹³

Hva som ”...*fremstillede sig som fornødent hertil*”, lar det være avgjørende om det var aktsomt å oppfatte nødvergesituasjonen slik at nødvergehandlingen var nødvendig for å avverge angrepet.¹¹⁴ Utgangspunktet for aktsomhetskravet er om nødvergeutøveren på handlingstidspunktet oppfattet nødvendigheten av nødvergehandlingen annerledes, enn det en alminnelig og oppegående person ville ha gjort i en tilsvarende livssituasjon.¹¹⁵ Ved en eventuell feilvurdering av hva som var nødvendig for å avverge angrepet, må det imidlertid tas tilstrekkelig hensyn til personlige særegenheter som nødvergeutøveren ikke kan noe for jf. lovens formulering ”...*fremstillede sig som*”.¹¹⁶ Relevante momenter ved en slik feilvurdering vil eksempelvis være: tiden man hadde til rådighet, hvor lett det har vært å misforstå nødvergesituasjonen med hensyn til angrepets farlighet, tatt i betraktning bl.a. frykt, sinne, eller andre følelser som angrepet har fremkalt.¹¹⁷

På den annen side, kan det etter omstendighetene stilles skjerpende krav til aktsomheten som må utvises. Ved preventivt nødvergesituasjoner vil det være flere usikkerhetsmomenter knyttet til om angrepet i det hele tatt vil finne sted. Ofte vil man også ha lenger tid på seg til å tenke over forskjellige handlingsalternativer, i motsetning til i akutte nødvergesituasjoner hvor tiden ofte er knapp. Jo mindre konkret angrepet er, jo lenger tid forut for avvergelsen den er og jo alvorlige forsvarshandling som iverksettes, desto mer vil tale for at en strengere aktsomhetsvurdering vil bli lagt til grunn ved valg av forsvarsmidler.

4.2.2 Faktisk villfarelse

I motivene til straffeloven uttales det at man ikke kan ”...*undgaa at frifinde den, som har handlet i den feilaktige Tro at være Gjenstand for et rettstridigt Angreb af den*

¹¹³ Begrep benyttet av Dørre (1998) s. 20

¹¹⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 206

¹¹⁵ Slettan (1987) s. 604

¹¹⁶ Slettan (1987) s. 604

¹¹⁷ Bratholm (1980) s. 144 - 145

bestemte Art, hvor ubegrundet det end kan synes, at han i Tilfælde benyttede sig af Rettens yderste Midler.”¹¹⁸ Det strafferettslige prinsippet om at enhver skal bedømmes ut fra sin subjektive oppfatning av den faktiske situasjonen, som følger av strl. § 42 første og annet ledd, gjelder også i nødvergesituasjoner jf. § 1.¹¹⁹ Eksempelvis kan man feilbedømme farligheten av et angrep eller feilaktig tro at det foreligger et rettstridig angrep som berettiger en nødvergehandling. I Rt. 1974 s. 841 var spørsmålet om tiltalte hadde feilvurdert nødvergesituasjonen. Høyesterett kom enstemmig frem til at det er den subjektive oppfattelsen av situasjonen slik den fremstilte seg for tiltalte som skulle legges til grunn, og førstvoterende uttalte i denne anledning:

”Flertallet har imidlertid funnet det bevist at i hvert fall tiltalte selv har oppfattet situasjonen slik at B ville slå til ham og derfor har ment å handle i selvforsvar. Når tiltalte således har ment at han ville bli utsatt for et rettsstridig angrep, er det situasjonen slik den etter hans mening var, som må legges til grunn ved vurderingen av om han har vært i en nødvergesituasjon, jfr. straffelovens § 42.”(s.842)

Dersom nødvergeutøverens feilvurdering av nødvergesituasjonen har vært uaktsom og han er tiltalt for uaktsomt drap, kan han etter omstendighetene dømmes for dette jf. strl. § 239 jf. § 42 andre ledd.¹²⁰ Dersom en person derimot er tiltalt for forsettlig drap etter strl. § 233, kan han jf. § 42 første ledd ikke dømmes for dette dersom han feilaktig trodde han handlet i nødverge. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid noe, siden man av bevismessige årsaker i praksis ofte må basere vurderingen på ytre handlinger som kan bidra til å gjenspeile nødvergeutøverens subjektive oppfattelse av situasjonen. Som ellers i strafferetten skal imidlertid enhver rimelig tvil komme den tiltalte til gode.

4.3 Proporsjonalitetsvilkåret

Det er ikke tilstrekkelig at nødvergehandlingen bare er nødvendig for å avverge angrepet jf. punkt 4.2, det er også et vilkår at nødvergehandlingen ikke er ”ubetinget utilbørlig” jf. § 48 annet ledd:

¹¹⁸ S.K.M s. 85 - 86

¹¹⁹ Bratholm (1980) s. 144, Slettan (1987), Eskeland (2006) s. 302-303

¹²⁰ Bratholm (1980) s. 144, Andenæs (2004) s. 172

”... og det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.”

Vilkåret om at nødvergehandlingen ikke skal være ”ubetinget utilbørlig” betyr at handlingen ikke kan være klart moralsk forkastelig eller uforsvarlig. Det avgjørende vil derfor være hvorvidt nødvergehandlingen var ”etisk berettiget”.¹²¹ Det er imidlertid etter ordlyden ikke tilstrekkelig for overskridelse av nødvergeretten, at nødvergehandlingen er ”utilbørlig”. Nødvergehandlingen er med andre ord ”lovlig selv om angriperen påføres et utilbørlig onde.”¹²² At lovgiver har valgt å stille som vilkår at nødvergeadgangen avskjæres kun når nødvergehandlingen er ”ubetinget utilbørlig”, tilsier at det skal en del til før denne grensen overskrides.¹²³

Loven henviser også til en proporsjonalitetsvurdering mellom det påførte ondet og angrepet jf. uttrykksmåten ”...ei heller...tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet”. Dette må forstås slik at en eventuell uforholdsmessighet mellom det påførte ondet og angrepet man utsettes for, ikke kan være ”ubetinget utilbørlig”. Eksempelvis kan det være nødvendig å skyte en person for å avverge et knyttneveslag i ansiktet, men man må altså avstå fra å tilføre ham et altfor stort onde sett i forhold til angrepet han utfører, selv om det skulle være det eneste virkemidlet som kan avverge angrepet. Rt. 1996 s. 141 illustrerer problemstillingen; saken gjaldt en ung gutt som i en håpløs situasjon knivstakk mobberen for å forhindre fremtidig mobbing. Dette ble ansett for å overskride grensene for det ubetinget utilbørlige da det dreide ”...seg om et så farlig middel fra hans side at det foreligger en klar overskridelse av grensene for nødverge”.¹²⁴

Loven oppstiller videre tre relevante momenter som ikke er ment å være uttømmende, men som vil kunne komme inn i den skjønnsmessige helhetsvurderingen av

¹²¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 206

¹²² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 206

¹²³ Matningsdal (2003) s. 383

¹²⁴ Jf. punkt 5.3 hvor dommen blir nærmere drøftet

proporsjonalitetsvilkåret; ”Angrebets Farlighet”, ”Angriberens Skyld”, og ”det angrebne Retsgode”. Dess større grad av skyld angriperen utviser, fare angrepet representerer, eller verdi det angrepne rettsgodet har - desto sterkere forsvarsmidler vil dermed kunne anvendes. Vurderingen av om den ”etiske dom”¹²⁵ over det påførte ondet er ”ubetinget utilbørlig”, beskrives i motivene til straffeloven som en vurdering av hvor: ”...ingen normalt konstrueret Person, der virkelig har handlet i god Tro, saaledes som han finder at kunne forsvare for sin egen Samvittighed, skal kunne udsættes for Tiltale og Fældelse.”¹²⁶ I denne helhetsvurderingen av om nødvergehandlingen var etisk berettiget, kan det sentrale vurderingstemaet sies å være handlingens straffverdighet, tatt i betraktning de konkrete omstendigheter på handlingstidspunktet.¹²⁷

4.3.1 Forholdet til straffeloven av 2005

I strl. 2005 § 18 første ledd bokstav c) er innholdet i proporsjonalitetsvilkåret noe endret. Som det fremkommer av drøftelsen av proporsjonalitetsvilkåret ovenfor, skal det en del til før en nødvergehandling ansees som ”ubetinget utilbørlig” etter gjeldende rett. Straffelovskommisjonen foreslo derfor en innsnevring av gjeldende proporsjonalitetsvilkår, ved å erstatte uttrykksmåten ”ei...ubetinget utilbørlig” med ”ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig...”.¹²⁸ Nyanseforskjellen mellom den gjeldende og nye formuleringsmåte ligger i at det skal mer til før en handling er ”ubetinget utilbørlig”, enn at den skal ”åpenbart” ikke overskride det som er ”forsvarlig”. I denne anledning ble det i forarbeidene uttalt at det også etter denne innsnevringen, fortsatt er meningen at nødvergeutøveren skal ha ”rikelige marginer.”¹²⁹ Justiskomiteens flertall støttet departementets forslag og fremhevet at til tross for den tilsiktede innsnevringen, ikke er ”...tale om noen dramatisk endring i rettstilstanden.”¹³⁰

¹²⁵ Jf. Andenæs (2004) s. 166

¹²⁶ S.K.M s. 86

¹²⁷ Eskeland (2006) s. 246

¹²⁸ NOU 1992:23 s. 96

¹²⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 209, og s. 420-41

¹³⁰ Innst.O.nr.72 (2004-2005) s. 47

4.4 Handlingsalternativer

Problemstillingen er her i hvilken grad nødvergeutøveren er forpliktet til å benytte seg av alternative måter å avverge angrepet på enn gjennom en nødvergehandling.

Augdahl er av den oppfatning at det avgjørende er hvorvidt forsvarshandlingen er nødvendig for å avverge angrepet, og ikke hvorvidt faren kan unngås på annen måte enn gjennom en nødvergehandling.¹³¹

I denne sammenheng uttaler han at: *”Flugt er det motsatte av forsvar, og til feighet er man ikke forpliktet. Det anførte gjelder ikke bare flugt i bokstavelig forstand, men ogsaa enhver anden utvei, hvorved man kan unddrage sig angrepet i stedet for at avverge eller motstå det.”*¹³²

I Rt. 1938 s. 828 anket statsadvokaten lagrettens kjennelse hvor en av begrunnelsene for anken var at lagmannens rettsbelæring med hensyn til loven var feil. Lagmannen skal bl.a. ha uttalt at *”tiltalte ikke antokes forpliktet til – for å undgå fornærmedes angrep – å redde sig ut av gangen gjennom døren til stuen selv om han stod slik til at dette var mulig.”* Flertallet stemte for å forkaste anken, og hva angår rettsbelæringen; ble dette ikke ansett å være en uriktig forståelse av § 48, fordi uttalelsen gjaldt kun dette konkrete saksforholdet. To av dommerne dissenterte ved å stemme til fordel for å ta anken til følge. Dommer Evensen henviser i denne forbindelse til Kjerschows kommentar til straffeloven hvor det uttales: *”At omstendighetene kan være av den art at det måtte «aktes ubetinget utilbørlig å tilføie» angriperen et onde istedetfor å komme vekk fra ham, kan ikke bestrides”*¹³³. Det er imidlertid ikke sikkert anken hadde blitt forkastet hvis lagmannens uttalelse var formulert som en uttalelse om at man generelt sett ikke er forpliktet til å flykte. Dommen har begrenset vekt, dels fordi den er uklar, og dels fordi den er fattet i dissens. Dommen taler imidlertid imot at Augdahls synspunkt om at ingen er forpliktet til flukt, skal gjelde unntaksfritt. Dette gjelder særlig i de tilfeller der proporsjonalitetsvilkåret kan gjøre forsvarshandlingen til ”ubetinget utilbørlig” sett i forhold til fluktmuligheten man har.

¹³¹ Augdahl (1920) s. 78 - 79

¹³² Augdahl (1920) s. 78 - 79

¹³³ Kjerschow (1930) s. 138-139 ifølge Rt. 1938 s. 828

Selv om en forsvarshandling etter omstendighetene kan fremstå som nødvendig for å avverge angrepet, vil drastiske forsvarsmidler kunne ansees som etisk forkastelig å benytte seg av fremfor å flykte.¹³⁴ Dette gjelder særlig de tilfeller hvor angrepet man står ovenfor utføres av en strafferettslig utilregnelig person. En sinnssyk, sterkt beruset eller mindreårig person vil ikke kunne utvise den samme grad av skyld¹³⁵, som det en kaldblodig morder f.eks. vil gjøre.

Spørsmålet kommer på spissen ved preventivt nødvergesituasjoner. Hovedforskjellen mellom ordinært og preventivt nødverge, er at det ved akutte eller påbegynte angrep vil være mindre tid til å vurdere fluktmuligheter. Særlig ved de situasjoner hvor man skal avverge et fremtidig angrep, vil de usikkerhetsmomenter som knytter seg til om angrepet overhodet vil finne sted, innebære at fluktmuligheten må velges når denne muligheten står åpen. Dersom man har alternativet mellom å flykte og å drepe eller å alvorlig skade angriperen, vil man derfor i utgangspunktet være forpliktet til å flykte.¹³⁶ Dette synspunkt ble også lagt til grunn i Rt. 1996 s. 141, hvor det ble uttalt: *”Når det dreier seg om fremtidige angrep, vil imidlertid muligheten for å avverge det på annen måte enn ved nødvergehandlinger, vanligvis være større enn i en akutt angrepssituasjon, og det bør skje en streng vurdering av hvilke andre muligheter som foreligger.”*

5 Tidspunktet for utøvelse av preventivt nødverge og kravene til nødvergehandlingen

Som det følger av drøftelsen under punkt 3.3 er det etter gjeldende rett ikke noe krav om at angrepet skal være påbegynt. Hovedproblemstillingen for dette kapittelet er derfor i hvilken utstrekning det er adgang til å utøve preventivt nødverge.

Problemstillingen er derfor todelt, den ene knytter seg til kravene til nødvergesituasjonen, og den andre til nødvergehandlingen. Formulert som et spørsmål, kan man spørre seg: på hvilket tidspunkt inntreffer nødvergeretten mot et fremtidig angrep,

¹³⁴ Bratholm (1980) s. 145-146, NOU 1992:23 s. 97

¹³⁵ Bratholm (1980) s. 146, NOU 1992:23 s. 97

¹³⁶ NOU 1992:23 s. 97

og hvor langt kan man gå i forsvaret ved avvergelsen av denne? Hva angår tidspunktet for når det fremtidige angrepet kan sies å utgjøre en nødvergesituasjon, må det for det første skilles mellom umiddelbart forestående, overhengende, og akutte angrep på den ene siden – og mer fremtidige, ikke-akutte angrep og trusler om angrep, på den annen. Problemstillingen som oppstår her kan formuleres som hvor nært forestående¹³⁷ i tid og hvor konkretisert eller sannsynlig det fremtidige angrepet må være, for at det skal være adgang til å foreta en lovlig nødvergehandling. I det følgende vil de viktigste rettskildene analyseres for å forsøke å besvare disse spørsmålene.

5.1 Lovteksten

På samme måte som i andre rettsområder er det også i strafferetten naturlig å ta utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen av lovteksten ved løsning av et tolkningsspørsmål. I de fleste tilfeller vil ordlyden gi best uttrykk for hva lovgiver har ment med rettsregelen, og den har derfor høy rettskildemessig vekt.¹³⁸

Lovprinsippet i Grl. § 96 om at ingen kan straffes eller dømmes uten henholdsvis dom eller lov, innebærer at det på strafferettens område kreves et visst minimum av presisjonsnivå i lovteksten.¹³⁹ Lovens ordlyd bør derfor tillegges større vekt enn ved andre rettsområder. Lovprinsippet har imidlertid det formål å verne borgerne fra vilkårlige straffer.¹⁴⁰ Disse rettsikkerhetshensyn som søker å beskytte borgerne fra statens eventuelle vilkårlige maktutøvelse, gjør seg imidlertid ikke gjeldende med samme styrke for nødverge som straffrihetsgrunn da dette er til fordel for borgerne som befinner seg i en nødssituasjon. Dette taler for at presisjonsnivået i strl. § 48 som fritar for straff, ikke trenger å være like høyt som ved bestemmelser som hjemler straff.

Som nevnt tidligere er lovteksten ikke til hinder for at det innfortolkes en adgang til preventivt nødverge. Ordlyden i loven gir imidlertid ikke noen nærmere holdepunkter for den nærmere grensedragning mellom på den ene siden ikke-påbegynte men akutte angrep, og på den annen side ikke-akutte angrep lenger tilbake i tid forut for angrepet.

¹³⁷ Begrep benyttet av Slettan (2001) s. 92

¹³⁸ Eskeland (2006) s. 116, Eckhoff (2001) s. 39

¹³⁹ Eskeland (2006) s. 104 - 105

¹⁴⁰ Slettan (2001) s. 72

På grunn av manglende presisjonsnivå i lovteksten på dette punkt, må derfor slikt svar søkes hos de øvrige rettskilder.

5.1.1 Straffeloven av 2005

I henhold til strl. 2005 § 18 er det særlig to endringer av betydning i forhold til problemstillingen.

For det første så er den gamle uttrykksmåten i strl. § 48 andre ledd ”Afvergelse af eller Forsvar mod”, blitt erstattet med bare alternativet ”avverge” i strl. 2005 § 18 bokstav a). Det oppstår da spørsmål om hvorvidt dette innebærer noen endring i rettstilstanden når den nye straffeloven trer i kraft. Å ”avverge” synes etter ordlyden å handle om angrep som tidsmessig befinner seg forut for påbegynnelsen.¹⁴¹ Det uttales imidlertid i forarbeidene at denne endringen ikke har hatt til hensikt å endre gjeldende rett¹⁴², begrepet ”avverge” er ment å dekke også alternativet ”...til Forsvar mod” i gjeldende § 48 andre ledd.¹⁴³

For det andre er proporsjonalitetsvilkåret formulert annerledes i § 18 bokstav c). Som det følger av drøftelsen under punkt 4.4.1, innebærer kravet om at nødvergehandlingen ikke ”åpenbart” kan gå utover det forsvarlige en viss innsnevring av hvor langt man kan gå i forsvaret sammenlignet med gjeldende lovs formulering ”ubetinget utilbørlig”. Selv om det ikke er tale om et betydelig strengere krav til den etiske vurderingen, kan denne tilsiktede innsnevringen når den nye straffeloven av 2005 trer i kraft, bety at også adgangen til preventivt nødverge vil snevres noe inn ved at det foretas en strengere proporsjonalitetsvurdering.

5.2 Forarbeidene

Forarbeidene kan bidra til å kaste lys over formålet og meningen med loven, samt tjene som en veiviser ved tolkningen av lovteksten.¹⁴⁴ Selv om forarbeidene ikke er en

¹⁴¹ Jf. drøftelsen under punkt 3.3

¹⁴² NOU 1992:23 s. 94, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 208 og 420

¹⁴³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 420

¹⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 70 - 71

ubetinget avgjørende rettskilde, vil imidlertid lovanvendere til en viss grad føle seg bundet til å følge de tolkningsanvisninger forarbeidene gir.¹⁴⁵

5.2.1 Forarbeidene til straffeloven av 1902

I følge straffelovskommisjonen av 1885, er den beste begrunnelsen for en ubegrenset nødvergerett knyttet til vanskeligheten av å oppstille noen klar og holdbar begrensning ”... der er skikket til at iklædes Lovsform. Begrænsninger matte blive mere eller mindre vilkaarlige uden derfor at vinde i Utvedyghed...”¹⁴⁶ En slik absolutt nødvergerett ble forkastet med den begrunnelse at man fant ”...enhver bestemt Begræsning i Loven selv ligesaa uholdbar som den ubegrænsede Aerkjendelse af Nødvergeretten.”¹⁴⁷

Utformingen av lovteksten har dermed falt på en mellomløsning hvor de nødvendige begrensninger som følger av henholdsvis nødvendighets- og proporsjonalitetsvilkåret, er ledd i en konkret helhetsvurdering som det vil være opptil domstolene å avgjøre om hvorvidt nødvergerettens grenser er overskredet. Det uttales videre at den som dreper en annen i ”... god Tro til Forsvar for sin Ret...” vil dermed måtte la denne ”...Retsbevidsthed...derfor ogsaa være hans Dommer”.

Ved vurderingen av proporsjonalitetsvilkåret og om hvorvidt en handling har vært ubetinget utilbørlig, må det tas hensyn til at ”...ingen normalt konstrueret Person, der virkelig har handlet i god Tro, saaledes som han finder at kunne forsvare for sin egen samvittighet, skal kunne udsættes for Tiltale og Fældelse”.¹⁴⁸ Som et eksempel nevnes at frekke forbrytere ikke skal kunne stole på at ”...den angrebne ikke kan benytte det eneste Middel, som staar til hans Raadighet, fordi dette vilde være for radikalt”.¹⁴⁹

Spørsmålet om nødvergehandlingen har overskredet det som fremstilte seg som nødvendig ved avvergelsen av angrepet, vil måtte besvares forskjellig avhengig av hvor ”...mere eller mindre overhængende”¹⁵⁰ angrepet er. Dette tilsier at dess fjernere angrepet er tidsmessig, og dess mindre bestemt angrepsfaren er, desto mindre *nødvendig* vil dermed utøvelse av nødverge være.

¹⁴⁵ Eckhoff (2001) s. 73

¹⁴⁶ S.K.M s. 85

¹⁴⁷ S.K.M s. 85

¹⁴⁸ S.K.M s. 86

¹⁴⁹ S.K.M. s. 86

¹⁵⁰ S.K.M s. 86

Straffelovskommisjonen uttaler imidlertid videre at det ikke kan utelukkes at ”...*Tilfælde kan forekomme, hvor Nødværge maa tilstedes ogsaa overfor mere fremtidige Angreb...*”¹⁵¹ Som eksempel på en slik situasjon nevnes det at en skipsfører får kunnskap om en avtale som mannskapet seg imellom har inngått, og som går ut på å drepe ham straks skipet om noen dager ankommer til et bestemt sted.¹⁵² Det som karakteriserer dette eksemplet, er at det til tross for at angrepet ikke kan sies å være påbegynt, så er det forholdsvis sikkert at drapet vil finne sted straks skipet ankommer det bestemt stedet. Det nærmere tidspunkt for når skipet vil ankomme dette bestemte stedet er uklart, men det er klart at angrepet er tilstrekkelig konkretisert ved at det foreligger en reell og nærstående fare for at drapet vil bli gjennomført. Videre befinner skipsføreren seg ute i det åpne hav, og har dermed ikke noen mulighet til å flykte fra situasjonen. Han har dermed valget mellom å foreta en eller annen forsvarshandling, eller la seg drepe. Vilåårene for at det skal sies å foreligge en nødvergesituasjon som berettiger en nødvergehandling, kan dermed sies å foreligge, men forarbeidene nevner ikke hva slags nødvergehandling skipsføreren i dette eksemplet kan foreta seg.

I stikkordmessig form kan man si at dette eksemplet karakteriseres av at *tiden og stedet* for angrepet er tilstrekkelig *bestemt*, *angrepsfaren er konkret* og dermed *høyst sannsynlig*, det foreligger *ingen fluktmuligheter* eller *andre handlingsalternativer* som å tilkalle hjelp, utøvelse av nødverge fremstår som den *eneste muligheten* å unngå å bli drept på.

Som det følger av drøftelsen under punkt 5.1, bidrar ikke ordlyden i lovteksten tilstrekkelig til å klarliggjøre grensene for den preventive nødvergeretten. Forarbeidene til straffeloven av 1902 får dermed betydelig vekt ved tolkningen av gjeldende nødvergebestemmelse.

¹⁵¹ S.K.M s. 86

¹⁵² S.K.M s. 86 - 87

5.2.2 Forarbeidene til straffeloven av 2005

I forarbeidene til strl. 2005 uttales det at nødvergebestemmelsen i § 48 annet ledd synes å ha fungert godt i praksis og at det derfor med unntak for visse endringer¹⁵³, søkes en videreføring av gjeldende rett.¹⁵⁴

Ifølge departementets drøftelse av gjeldende rett, vil det avgjørende for adgangen til preventivt nødverge være hvorvidt nødvergehandlingen var ”så nær forestående at det er «nødvendig» å handle i nødverge for å avverge det (preventivt nødverge).”¹⁵⁵ I motsetning til når man står ovenfor et påbegynt angrep, vil man imidlertid når man står ovenfor ikke-påbegynte angrep lettere ha flere handlingsalternativer.¹⁵⁶

Ved vurderingen av hvor tidlig nødvergehandlingen kan iverksettes, vil dette ifølge straffelovkommisjonen av 1980 bero på en ”...avveining av angreps- og forsvarshandlingen.”¹⁵⁷ I det følgende presenteres en rekke sentrale momenter som nevnes i Straffelovkommisjonens delutredning V.

Ved vurderingen av angrepet, er de viktigste momentene som nevnes:¹⁵⁸

- Sannsynligheten for at angrepet vil finne sted
- Hvor konkret tidspunktet og stedet for angrepet er
- Tiden som antas å gå før angrepet inntreffer
- Muligheten for handlingsalternativer herunder om man har tid til å kontakte politiet og om man kan regne med hjelp
- Muligheten for å flykte
- Hvilken interesse angrepet er rettet mot, f.eks. liv, legeme, helse eller materielle verdier
- Angrepets farlighet vurdert ut fra angrepsmidlene og skademulighetene
- Stedet man befinner seg og muligheten til å få bistand fra omverdenen

¹⁵³ Se punkt 5.1.1, 4.4.1, 7 og 1.1.3

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 208-209

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.205. Dette synspunkt søkes videreført også når den nye straffeloven trer i kraft jf. s. 420

¹⁵⁶ NOU 1992:23 s. 95

¹⁵⁷ NOU 1992:23 s. 95

¹⁵⁸ Alle momentene som er opplistet her, er å finne i NOU 1992:23 s. 95-96

Ved vurderingen av nødvergehandlingen, uttales det at dette må sees i sammenheng med ”... *hvor alvorlig det fryktede angrepet er...*”.¹⁵⁹ Et annet sentralt moment som nevnes og må tillegges vekt, er ”...*hvor alvorlige følgene av forsvaret må antas å bli. Jo mer alvorlige følger, desto lenger må den truede vente før forsvarshandlingen kan settes i verk.*”¹⁶⁰

Det sentrale i helhetsvurderingen, vil i følge straffelovskommisjonen være hvorvidt nødvergeutøveren hadde andre muligheter enn å utøve nødverge.¹⁶¹ Det uttales videre at det er kun i unntakstilfeller hvor det er klart at det ikke finnes noen annen utvei, at det er adgang til å utøve nødverge mot et fremtidig angrep. Dette gjelder spesielt hvor det er tale om å ta et annet menneskeliv, som det kun ”... i rene unntakstilfeller” vil være adgang til.¹⁶² Om nødvergehandlingen er lovlig vil avhenge av om den ikke ”åpenbart” går utover det som er forsvarlig.¹⁶³

For at det skal sies å foreligge en nødvergesituasjon ved ordinære nødvergesituasjoner, er det som nevnt tilstrekkelig at det foreligger et rettstridig angrep. Kravene til nødvergehandlingen er i et slikt tilfelle klart adskilt fra vurderingen av om det foreligger en nødvergesituasjon. Det som er interessant å merke seg av forarbeidenes uttalelser er at det legges avgjørende vekt på at det er nødvendighetsvilkåret som setter premissene for når nødvergehandlingen kan iverksettes. Dette kan forstås slik at når det ikke foreligger et rent faktisk påbegynt angrep, må denne mangelen på et påbegynt angrep erstattes med et krav om at nødvergehandlingen må ha vært nødvendig for avvergelsen av det fremtidige angrepet. Vurderingen som forarbeidene henviser til gjør at kravene til nødvergesituasjonen og nødvergehandlingen vurderes samlet hva angår tidspunktet for når en nødvergehandling kan iverksettes. Dette kan sies å gjøre nødvendighetsvilkåret

¹⁵⁹ NOU 1992:23 s. 96

¹⁶⁰ NOU 1992:23 s. 96

¹⁶¹ NOU 1992:23 s. 96

¹⁶² NOU:1992:23 s. 96

¹⁶³ NOU:1992:23 s. 96. Her henviser forarbeidene til utkastet til § 26 om nødverge . Se om endringen i proporsjonalitetsvilkåret under punkt 4.3.1 i avhandlingen

til et slags situasjonskrav ved å avgrense nødvergesituasjonen ved preventivt nødverge.¹⁶⁴

Som nevnt innledningsvis er det kun kap. 16 i strl. 2005 som hittil har trådt i kraft. Uttalelsene om gjeldende rett bør i utgangspunktet ha lik rettskildemessig vekt som annen juridisk teori for øvrig.¹⁶⁵ Utover forarbeidenes argumentasjonskraft, viser imidlertid rettspraksis at forarbeidene til strl.2005 tillegges stor vekt i praksis.

5.3 Rettspraksis

Høyesterett er vår overordnede myndighet som avgjør rettslige tvister med endelig virkning jf. grl. § 88, og utgangspunktet er derfor at Høyesterettsdommer må tillegges avgjørende vekt ved fastsettelsen av hva gjeldende rett er innenfor et rettsområde.¹⁶⁶

Rettsavgjørelser avsagt av underordnede domstoler som lagmannsretten og tingretten har derfor langt fra samme rettskildemessige vekt.¹⁶⁷ Hva angår problemstillingen om hvor langt den preventive nødvergeretten rekker er det kun et fåtall

Høyesterettsdommer som er innom spørsmålet¹⁶⁸, og bare en som behandler adgangen direkte.¹⁶⁹ Denne mangelen på Høyesterettsavgjørelser leder til at andre rettskildefaktorer som underrettspraksis, forarbeider og reelle hensyn må tillegges høyere vekt enn ellers ved den nærmere fastleggelse av grensene for preventivt nødverge. Nedenfor analyseres noen utvalgte dommer som kan bidra til å avklare avhandlingens problemstilling.

5.3.1 Rt. 1982 s. 1216

I denne Høyesterettskjennelsen var saksforholdet den at en gårdsbruker skjøt og drepte et reinsdyr, etter at en hel flokk hadde trengt seg inn på hans eiendom. Gårdsbrukeren hadde dessuten blitt utsatt for tråkk og ulovlig beiting på sitt nydyrkningsfelt over lengre tid og derfor lidt store økonomiske tap. Det oppstod bl.a. spørsmål om

¹⁶⁴ Dørre mener nødvendighetsvilkåret kan tjene som et ”utelukkelseskriterium” jf. Dørre (1998) s. 53, men er uenig i at nødvendighetsvilkåret skal være avgjørende ved avgrensningen av nødvergesituasjonen jf. s. 58

¹⁶⁵ Eckhoff (2001) s. 70

¹⁶⁶ Eskeland (2006) s. 91

¹⁶⁷ Se også Eckhoff (2001) s. 162

¹⁶⁸ Rt. 1982 s. 1216, Rt. 1992 s. 679

¹⁶⁹ Rt. 1996 s. 141

avlivningen av reinen pga. forhistorien med de påførte skadene var en berettiget nødvergehandling for å forhindre fremtidige økonomiske tap. Høyesterett kom frem til at avlivningen ikke kunne ansees som en lovlig nødvergehandling, idet grunneierens interesser ivaretas av erstatnings- og refusjonsreglene i reinsdyrsloven. I en sidebemerkning, uttalte imidlertid førstvoterende:

”Jeg er heller ikke fremmed for at en handling kan ha karakteren av berettiget nødverge, selv om den ikke er svar på et akutt angrep, men på en situasjon som har bygget seg opp over lengre tid.”(s. 1218)

Uttalelsen er av ganske generell art, og bidrar ikke noe særlig til å trekke den nærmere grense for på hvilket tidspunkt en preventiv nødvergerett inntreffer, og hva slags krav som stilles til nødvergehandlingen ved utøvelsen av denne. Uttalelsen var ikke en nødvendig del av begrunnelsen for resultatet, og den kan derfor anses som en obiter dicta.¹⁷⁰ Selv om slike uttalelser lettere kan tenkes fraveket av Høyesterett, kan den imidlertid tolkes som et hint om hva slags standpunkt Høyesterett kan komme til å innta under behandlingen av lignende spørsmål i fremtiden. Det bør derfor tillegges stor vekt at Høyesterett anerkjenner det moment at forhistorien til en nødvergesituasjon som har bygd seg opp over tid, kan være av slik art at en preventiv nødvergehandling er berettiget. Som det følger av den videre fremstilling, er det slike forhistorier med gjentatte angrep som ofte karakteriserer flere av nødvergesituasjonene hvor spørsmålet om preventivt nødverge kommer på spissen.

5.3.2 Liv-saken¹⁷¹

Denne saken gjaldt en kvinne som hadde blitt utsatt for grov vold, mishandling, voldtekt og trusler om lemlestelse av sin ektemann over en lang tidsperiode.¹⁷² Selve drapskvelden hadde tiltalte også blitt utsatt for vold. Etter at han la seg for å sove i parets soverom ble han skutt og drept av tiltalte med et haglegevær. Saken ble behandlet to ganger fordi fagdommerne tilsidesatte juryens frifinnelse i den første behandlingen.

¹⁷⁰ Eckhoff (2001) s. 171 - 173 om obiter dicta uttalelsers rettskildemessige vekt

¹⁷¹ Dom av Eidsivating lagmannsrett, avsagt 26.08.1982 og 04.05.1983 (straffesak nr: 47/1982)

¹⁷² Se f.eks. Helsingeng (1983) s.46, 57, 58

Juryen frifant tiltalte også under den andre behandlingen. Forsvareren prosederte med at angrepet selve drapskvelden ikke var avsluttet, og at tiltalte hadde handlet i nødverge for å avverge vold, mishandling og voldtekt etter at hun ble kommandert til sengen.¹⁷³

Som følge av at kvinnen ble frikjent for drap av juryen, er begrunnelsen for frikjennelsen ukjent¹⁷⁴, og den rettskildemessige vekten er dermed svært begrenset. Frikjennelsen på bakgrunn av faktum med den lange forhistorien med grov og systematisk vold og kvinnemishandling, tjener imidlertid som et eksempel på et tilfelle hvor det kanskje ikke forelå noen reelle handlingsalternativer og drapet trolig fremstod som den eneste måten å avverge et fremtidig angrep på. Saken er også interessant fordi den satte familievold og kvinnemishandling i fokus, samt at frifinnelsen vakte stor oppsikt og debatt.¹⁷⁵

5.3.3 Verdalsaken¹⁷⁶

I denne saken skjøt og drepte en ung gutt sin egen far mens han satt i stuen og så på tv. Det som foranlediget drapet, var i likhet med Liv-saken grov vold, mishandling og trakassering av både tiltalte, moren og hans søsken over en lang periode. Selve drapskvelden hadde faren trakassert tiltalte og utøvd vold mot hans yngre bror. Tiltalte påberopte seg å ha handlet i nødverge på familiens vegne, og det ble her til forskjell fra Liv-saken, prosedert med at drapet skjedde for å avverge den konstante situasjonen med fremtidig vold, mishandling og drapstrusler.¹⁷⁷ Tiltalte hadde forsøkt å flykte sammen med moren, men så seg nødt til å flytte hjem igjen på grunn av en begrunnet frykt for deres liv og resten av søsknene som fremdeles var hjemme med faren.¹⁷⁸ Til forskjell fra Liv-saken, godtok fagdommerne juryens frifinnelse. Dommens rettskildemessige vekt er imidlertid også i dette tilfellet svært begrenset, ettersom det ikke foreligger noen begrunnelse for juryens frifinnelse.

¹⁷³ Helsingeng (1983) s. 134 - 135

¹⁷⁴ Som følge av at juryen kun besvarer skyldspørsmålet med ja eller nei jf. strpl. § 365

¹⁷⁵ Se bl.a. Dahl (1982-1983) s.24 og Slettan (1987) s. 595

¹⁷⁶ Dom av Frostating lagmannsrett, avsagt 12. juni 1986 (straffesak nr: 26/1986)

¹⁷⁷ Schjetne (1989) s. 15-16

¹⁷⁸ Schjetne (1989) s. 15

5.3.4 Rt. 1996 s. 141 (Mobbedommen)

Saken gjaldt en 16 år gammel gutt som over en lengre tidsperiode hadde blitt mobbet og plaget av flere medelever. Mobbingen bestod av ulike former for ærekrenkelser og legemskrenkelser slik som urinerings på ham, slag, dytting og diverse hånlige bemerkninger. Etter at han i løpet av en gymnastikktime hadde blitt utsatt for både fysisk og psykisk trakassering av en av de mest aktive mobberne, gikk gutten til angrep med en kniv. Knivstikket i armen og brystet førte til alvorlige skader, bl.a. indre blødninger, punktert lunge og nerveskader.

Spørsmålet var dermed om det forelå en nødvergesituasjon som berettiget en nødvergehandling mot fremtidig mobbing. I denne forbindelse, ga førstvoterende først en generell uttalelse om adgangen mot fremtidige angrep:

”Som bemerkt av herredsretten, må straffeloven § 48 om nødverge i prinsippet også kunne anvendes hvor det dreier seg om et fremtidig angrep, som ikke lar seg avverge på annen måte. Når det dreier seg om fremtidige angrep, vil imidlertid muligheten for å avverge det på annen måte enn ved nødvergehandling, vanligvis være større enn i en akutt angrepssituasjon, og det bør skje en streng vurdering av hvilke andre muligheter som foreligger.”(s. 142)

Høyesterett legger her avgjørende vekt på nødvendighetsvilkåret ved vurderingen av nødvergesituasjonen. For at det skal anses å foreligge en nødvergesituasjon som berettiger en preventiv nødvergehandling, må denne være nødvendig for avvergelsen i den forstand at det ikke finnes noen annen utvei jf. ”... som ikke lar seg avverge på annen måte”. Dommen gir klart uttrykk for at lovlig nødverge mot fremtidige angrep bare kommer på tale i unntakstilfeller. Videre legger Høyesterett opp til en streng vurdering opp mot de handlingsalternativer som foreligger på handlingstidspunktet. Dette kan forstås slik at dersom man har hatt tid og mulighet til å vurdere andre handlingsalternativer, så har heller ikke nødvergeutøvelsen vært nødvendig for å avverge et fremtidig angrep.

I foreliggende sak gir førstvoterende uttrykk for at den omfattende mobbingen tiltalte ble utsatt for i utgangspunktet utgjorde en slik nødvergesituasjon, men går ikke inn på

noen nærmere vurdering av hvorvidt det forelå noen handlingsalternativer pga. nødvergeretten ble ansett for å ha blitt overskredet. I denne forbindelse ble det uttalt:

”Selv om det for domfelte skulle ha fortonet seg slik at knivangrepet på fornærmede var hans eneste mulighet for å komme ut av sin ulykkelige situasjon, dreier det seg om et så farlig middel fra hans side at det foreligger en klar overskridelse av grensene for nødverge.”

Uttalelsen kan forstås slik at selv om knivstikkingen hadde vært absolutt nødvendig for å forhindre fremtidig mobbing, er knivstikkingen ubetinget utilbørlig og dermed også etisk uberettiget jf. proporsjonalitetsvilkåret. Knivstikkingen kan sies å representere et så stort skadepotensiale at den kunne ha hatt døden til følge. Sett i forhold til mobbingen tiltalte var utsatt for, kan det dermed sies at knivstikkingen representerer et uforholdsmessig og ubetinget utilbørlig onde.

Det moment at tiltalte ville gjengjelde den tidligere mobbingen, utelukket frifinnelse etter § 48 fjerde ledd om overskridelse av nødverge.¹⁷⁹

Dommen var enstemmig med hensyn til at det ikke forelå noen lovlig nødvergeutøvelse. Tiltalte ble som følge av overskridelsen, av flertallet dømt til 7 måneders betinget fengsel, og 30 dagers ubetinget fengsel for legemsbeskadigelse jf. strl. § 229 jf. § 232. Den ubetingede delen av straffen ble imidlertid ansett for å ha blitt avsonet i varetekt. At tiltalte befant seg i en nødvergesituasjon som kunne berettiget en nødvergehandling, samt hans unge alder, gikk i formildende retning ved straffutmålingen til tross for de alvorlige skadene som den fornærmede i saken ble påført. Idømmelsen av fengselsstraffen fremstår mer som et behov for å markere at tiltaltes handling var straffbar ut fra allmennpreventive hensyn. Straffverdigheten av overskridelsen ble imidlertid ikke ansett for å være større enn at han fikk en betinget dom for den delen av straffen som ikke hadde blitt avsonet i varetekt. Dette var også bakgrunnen for at to av dommerne dissenterte hva angår straffutmålingen, idet de mente at den måtte gjøres fullt ut betinget fordi konstateringen av at han var skyldig var tilstrekkelig som straff.

¹⁷⁹ Se kapittel 7 om overskridelse av nødverge

Som den eneste Høyesterettsdommen som direkte drøfter adgangen til preventivt nødverge, må dommen sies å ha høy rettskildemessig vekt hva angår avhandlingens problemstilling. Høyesterett vurderer nødvendighetsvilkåret og muligheten for handlingsalternativer meget strengt. Selv om en preventiv nødvergehandling er nødvendig, viser dommen også at det foretas en streng proporsjonalitetsvurdering mellom det angrep man søker å avverge og det onde man ved avvergelsen påfører angriperen. Å knivstikke noen for å forhindre fremtidig mobbing, ble i denne saken ansett for å være en åpenbar overskridelse av nødvergeretten.

5.3.5 Hammerfest-saken¹⁸⁰

I denne saken var en 37 år gammel kvinne tiltalt for overlagt drap på sin tidligere samboer. Hun hadde skutt ham i hodet med hans eget gevær, mens han sov på sofaen i hennes leilighet. Det som foranlediget situasjonen var en lang forhistorie med vold og trusler av så alvorlig karakter at retten anså tiltalte for å - på gjerningstidspunktet - ha en åpenbar og adekvat grunn til å frykte den drepte. Det tidligere samboerparet hadde innledet hvert sitt nye forhold flere år før drapskvelden, selv om de iblant igjen traff hverandre ved ulike anledninger. Selve drapskvelden hadde tiltalte invitert den drepte hjem til seg for å drikke alkohol. Avdøde møtte opp med brennevin og et gevær innpakket i plast. Tiltalte skjøt han i hodet med geværet etter at de skal ha drukket av brennevinet og avdøde ha sovnet på sofaen. Tiltalte påberopte seg i denne saken for å ha skutt i nødverge for å avverge fremtidig vold og trusler.

Ved drøftelsen av om det forelå en nødvergesituasjon, tok retten utgangspunkt i nødvendighetsvilkåret som situasjonskrav. I denne forbindelse uttalte retten:¹⁸¹

”Utslagsgivende for vurderingen av nødvendigheten av nødvergehandlingen er hva som der og da ville fremstilt seg som nødvendig for en alminnelig fornuftig person i en tilsvarende situasjon. Avgjørende for om nødvergeretten er overskredet, er således ikke hva som etter en kjølig vurdering i etterhånd må anses som nødvendig – det avgjørende

¹⁸⁰ Rg.2002 s.1450

¹⁸¹ S. 1454

er om det var aktsomt å oppfatte situasjonen slik at nødvergehandlingen var nødvendig.”

Den lange forhistorien med alvorlig vold og trusler, samt det faktum at avdøde hadde med seg et gevær drapskvelden, medførte at retten anså tiltalte for å være ”i en tilstand av åpenbar og adekvat frykt”¹⁸². Retten var imidlertid i tvil om hvorvidt det for tiltalte fremsto som nødvendig å drepe for å forhindre fremtidig vold og drap, eller om hun drepte for at hun anså avdøde som årsak til sine alkoholproblemer. Uten å ta videre stilling til dette, kom retten frem til at drapet uansett representerte en forsvarshandling som gikk lenger enn nødvendig og var ubetinget utilbørlig. Retten la her avgjørende vekt på at tiltalte selv hadde invitert den drepte hjem til seg, at han ikke hadde opptrådt truende denne kvelden, og at han ble skutt i søvne. Tiltalte hadde derfor både andre handlingsalternativer enn å utøve nødverge, samt mulighet for å flykte. Det ble fremhevet at menneskelivet er det høyeste rettsgodet vår rett anerkjenner, og at drap som nødvergehandling kun kan være lovlig når ”alle andre veier er stengt”¹⁸³. Situasjonen tiltalte befant seg i var dermed verken farlig eller nærliggende nok til å drepe i nødverge, til forskjell fra Liv-saken og Verdal-saken hvor fluktmulighetene ikke ble ansett for å være reelle. Tiltalte ble dømt til fengsel i 7 år for overtredelse av strl. § 233 første ledd.

5.3.6 Sykehusdrap dommen¹⁸⁴

Tre søsken på henholdsvis 15, 17 og 19 år, ble i lagmannsretten dømt for overlagt drap på sin far mens han var innlagt på et sykehus. Faren ble brutalt drept mens han lå i en sykehusseng, der han ble knivstukket i brystet og fikk halsen skjært over. I tingretten hadde de blitt frikjent fordi de ble ansett for å ha handlet i nødverge.¹⁸⁵ Anken gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Bakgrunnshistorien som foranlediget drapet var at familien hadde levd i et ”vedvarende tyranni” bestående av trusler om drap, seksuelle overgrep av sine egne døtre, grov mishandling, overvåkning og vold.

¹⁸² S. 1454

¹⁸³ S. 1455

¹⁸⁴ Dom av Agder lagmannsrett, avsagt 25.03.2004 (saksnr.: LA-2003-19998)

¹⁸⁵ Dom av Nedenes tingrett, avsagt 13.11.2003 (saksnr.: 03-00272 M)

Etter at lagretten fant de tre søsknene skyldige og frifant moren, oppstod det i forbindelse med straffutmålingen spørsmål om de tiltalte hadde vært i noen nødvergesituasjon, og om strl. § 56 bokstav a) derfor kom til anvendelse.

Det ble påstått at avdøde hadde truet med å drepe hele familien i forkant av sykehusinnleggelsen, noe retten ikke fant tilstrekkelig bevist. De tiltalte ble imidlertid likevel ansett for å ha vært i en "...nødvergelignende situasjon", idet de selv hadde oppfattet situasjonen slik at de fryktet faren skulle drepe de så fort han ble utskrevet fra sykehuset dagen etter. I denne forbindelse uttalte lagmannsretten:

"Utgangspunktet er at en nødvergehandling ikke må overskride det som fremstilte seg som nødvendig for de tiltalte. Dersom det rent faktisk forelå handlingsalternativer var nødvergehandlingen objektivt sett ikke nødvendig."

Det fremgår av dommen at de tiltalte skal ha diskutert muligheten for å tilkalle politiet, men valgte i stedet å drepe han da de var usikre på hvorvidt politiet ville være i stand til å gi familien tilstrekkelig beskyttelse fra faren. De hadde dessuten mulighet til å flykte mens han var innlagt på sykehuset og de ikke var under oppsyn. Det moment at de tiltalte vurderte muligheten av å tilkalle politiet, synes å ha vært avgjørende for at lagretten svarte bekreftende på skyldspørsmålet om overlagt drap. Lagmannsretten la derfor også til grunn at de tiltalte ikke var i faktisk villfarelse "...hva gjelder andre avvergelsesmuligheter enn å drepe. De var seg bevisste at politiet i stedet skulle vært benyttet." Retten mente imidlertid at denne vissheten om andre handlingsalternativer, var så nær opp til den uaktsomme uvitenhet som § 42 annet ledd omhandler, at dette ble tillagt betydelig vekt ved straffutmålingen.

Forhistorien med langvarig mishandling, overgrep og vold ble også tillagt stor vekt ved straffutmålingen, samt at preventive hensyn ikke gjorde seg gjeldende med samme styrke som i andre saker om overlagt drap. De yngste av de tiltalte fikk fullt ut betingede fengselsstraffer, mens den eldste fikk fem av seks pådømte år gjort til betinget fengselsstraff.

Dommen gir uttrykk for at når man har hatt tid og mulighet til å overveie ulike handlingsalternativer, vil adgangen til å utøve preventiv nødverge i utgangpunktet være utelukket.

Jeg er i noe tvil om hvorvidt lagmannsretten har tatt tilstrekkelig hensyn til den alvorlige mishandling som denne familien ble utsatt for i denne saken. Når lagmannsretten har lagt til grunn at de burde ha benyttet seg av handlingsalternativer, er jeg usikker på om man i tilstrekkelig grad har tatt hensyn til at familien ikke med sikkerhet kunne blitt beskyttet av politiet eller flyktet fra en så voldelig og truende far. Dette er da også bakgrunnen for at alle de tiltalte ble frikjent i tingretten, som la avgjørende vekt på at drapet var nødvendig for å forhindre fremtidig vold og mishandling. Lagmannsrettsdommen har også blitt sterkt kritisert av Bratholm som mente at avdødes voldsmønster i denne saken var av alvorligere art, enn i andre lignende saker som hadde endt med frifinnelse.¹⁸⁶ På bakgrunn av dette mente Bratholm at fagdommerne burde ha benyttet seg av muligheten til å sette juryens kjennelse til side.

Dommen har neppe noen rettskildemessig vekt av betydning, med tanke på at den er avsagt av en underrettsdomstol. Men saken er interessant, da spesielt sterke motstridende hensyn gjør seg gjeldende; og problemstillingen om hvorvidt man burde ha valgt en annen utvei fremfor å utøve preventiv nødverge – kommer på spissen.

5.3.7 Mobbedommen II¹⁸⁷

Saken gjaldt tiltalte B som hadde slått fornærmede i saken 5–10 ganger i ansiktet med flat hånd, fordi han hadde vært delaktig i mobbingen av tiltaltes lillebror (heretter kalt mobbeofferet) over en lengre periode. Tiltalte A, som var samboeren til tiltalte B's søster, hadde på eget initiativ slått fornærmede med knokkejern i hodet, etter at tiltalte B hadde avsluttet konfrontasjonen med fornærmede.

Det som foranlediget legemsfornærmelsen fra B og legemsbeskadigelsen fra A den aktuelle dagen, var at mobbeofferet var blitt utsatt for enda et umotivert angrep fra fornærmede i saken. Spørsmålet var dermed om de tiltalte hadde handlet i nødverge for å forhindre fremtidig mobbing.

¹⁸⁶ Bratholm (2004)

¹⁸⁷ Dom av Moss tingrett, avsagt 08.09.2010 (saksnr:TMOSS-2010-80011)

Ved vurderingen av om det forelå en nødvergesituasjon var det sentrale vurderingstemaet hvorvidt det var nødvendig å handle i nødverge, og om det i denne forbindelse forelå andre handlingsalternativer. Ved vurderingen av om det var nødvendig å handle i preventiv nødverge, la retten avgjørende vekt på forhistorien med de gjentatte angrepene som hadde utviklet seg opp til det punkt hvor familien hadde en reell frykt for at mobbeofferet var suicidal. Familien til mobbeofferet hadde dessuten også forsøkt å løse situasjonen på forskjellige måter derav bl.a. gjennom skolen, barnevernet, samtaler med foreldrene til mobberne i guttegjengen, men også gjennom politianmeldelser som hadde resultert i henleggelse. Disse mislykkede forsøk på å få slutt på mobbingen, ble avgjørende for at preventivt nødverge ble ansett for å være nødvendig for å forhindre ytterligere fremtidig mobbing. At fornærmede helt umotivert plutselig angrep mobbeofferet samme dag forut for konfrontasjonen, synes å ha vært en utløsende faktor til at det ble ansett for nødvendig å gripe inn med en nødvergehandling. På bakgrunn av dette kom retten til at det for de tiltalte derfor også fremstod som nødvendig å få slutt på mobbingen og at det dermed forelå en preventiv nødvergesituasjon.

Retten tok deretter stilling til spørsmålet om hvorvidt nødvergehandlingene gikk lenger enn nødvendig, og om de representerte et "ubetinget utilbørlig" onde sett i forhold til mobbingen mobbeofferet var blitt utsatt for. For tiltaltes B's vedkommende, kom retten uten noen nærmere begrunnelse at både nødvendighets- og proporsjonalitetsvilkåret var oppfylt. Retten synes derfor å ha ment at legemsfornærmelsene i form av flere slag i ansiktet, ikke ble ansett for å representere noen uforholdmessig onde sett i forhold til den langvarige mobbingen tiltaltes lillebror var blitt utsatt for. For tiltaltes A's vedkommende kom retten frem til at nødvergeretten var blitt overskredet. Her argumenterte retten på samme måte som i Rt. 1996 s. 141 og la avgjørende vekt på at bruken av knogejernet var så farlig og at det representerte et såpass stort skadepotensiale at grensene for lovlig nødvergeutøvelse dermed var overskredet.

Selv om dommen neppe har noen rettskildemessig vekt av betydning i kraft å være avsagt av en tingrett, er den meget interessant. Dommen viser at nødvendighetsvilkåret får betydning på to forskjellige måter ved preventivt nødvergesituasjoner. Dommerne brukte nødvendighetsvilkåret både som et situasjonskrav under spørsmålet om hvorvidt

det forelå en nødvergesituasjon og under spørsmålet om hvor langt man kan gå i forsvaret. Forhistorien kan kaste lys over hvor nødvendig det var å avverge et fremtidig angrep. En lang historie med ”gjentatte angrep” og allerede utprøvde mislykkede forsøk på handlingsalternativer, viste at de fremtidige angrepene ikke kunne avverges på noen annen måte. At offeret var suicidal, bidro til at de tiltalte ikke så noen annen utvei enn å handle i nødverge for å avverge fremtidig mobbing. Dommen viser også at nødvergehandlinger i form av legemskrenkelse kan være innenfor grensene for lovlig nødvergeutøvelse når man skal avverge så alvorlig mobbing som i foreliggende sak. Legemsbeskadigelser, samt bruk av farlige redskap og våpen ble ansett for å gå lenger enn det som var nødvendig og forsvarlig.

5.3.8 Balltre-dommen¹⁸⁸

En 25 år gammel mann ble dømt for legemsbeskadigelse ovenfor en person ved to forskjellige anledninger. Ved en anledning angrep tiltalte fornærmede på et utested, uten foranledning. Tiltalte påberopte seg å ha handlet i nødverge når han ved en annen anledning angrep fornærmede fordi han holdt et balltre i hånden. Forut for denne hendelsen hadde tiltalte og fornærmede hatt en uoverensstemmelse, og tiltalte oppsøkte fornærmede i en hybel for å oppklare uoverensstemmelsen. Fornærmede skal ha vært redd for å bli angrepet av tiltalte og holdt derfor et balltre. Da tiltalte så balltreet, gikk han umiddelbart til angrep med knyttneveslag mot hoderegionen og påførte fornærmede i saken flere sårskader, blåmerker og hevelser inntil han ble stoppet av en annen.

Etter at retten konstaterte at det rent faktisk ikke forelå et rettstridig angrep som følge av at fornærmede sto i hybelen med et balltre, tok retten stilling til om han hadde handlet i lovlig preventivt nødverge. I vurderingen av om det forelå en preventiv- nødvergesituasjon, la retten avgjørende vekt på nødvendighetsvilkåret som et situasjonskrav. Retten kom frem til at det i foreliggende sak var så liten sannsynlighet for at tiltalte skulle bli angrepet av fornærmede, at det ikke var nødvendig å handle i nødverge. På grunn av at tiltalte angrep fornærmede umiddelbart, hadde ikke fornærmede rukket å gi noe tegn til at han hadde tenkt til å angripe med balltreet. Et annet moment som retten vektla var at tiltalte hadde muligheten til å flykte fra

¹⁸⁸ Dom av Hammerfest tingrett, avsagt 21.10.2010 (saksnr: THAFE-2010-110570)

situasjonen når han så balltreet fra døråpningen. Det var også et relevant moment at det var tiltalte selv som oppsøkte fornærmede, og sannsynligheten for at et fremtidig angrep kunne komme var derfor i stor grad påvirket av tiltaltes egen truende oppførsel.

5.4 Juridisk teori

Som selvstendig rettskildedefaktor, har teoretiske fremstillinger av juridiske problemstillinger liten vekt.¹⁸⁹ Dette kommer særlig til syne ved at domstolene ikke er bundet av disse uttalelsene. Den juridiske teorien har gjennom tidene likevel øvd innflytelse på både lovgivning, forarbeider og rettspraksis i kraft av sin argumentasjonsverdi.¹⁹⁰ På hvilket tidspunkt den preventive nødvergeretten inntreffer og hvilke forsvarshandlinger som er lovlige, er omstridte spørsmål også i den juridiske teorien. Uenigheten som hersker ble også tatt opp i forarbeidene til strl. 2005.¹⁹¹

Ifølge Hagerup ligger det begrensninger i selve ordlyden av begrepet ”angrep” i henhold til hvor nært forestående et angrep må være for å kunne møttes med en lovlig nødvergehandling. Begrepet ”angrep” må ifølge Hagerup forstås slik at ”...der maa foreligge en handling, som tydelig bærer præg af at være rettet mod visse retsgoder.”¹⁹² Han uttaler videre at så lenge det kun foreligger en ”...begrunnet frygt for...angrebsplaner...”, vil det kun være adgang til forberedende beskyttelsesforanstaltninger. Nødvergerett for mer alvorlige nødvergehandlinger bestående i ”... personlig uskadeliggjørelse...” vil ikke foreligge før angrepet er ”... aktuelt”. I sin senere kommentar til straffeloven uttaler han imidlertid at ”Det kan heller ikke kræves at den, der trues med et angreb, venter med at afværge det, indtil det er begyndt. Man maa inden de almindelige nødvergeregler grænser i tide kunne træffe de fornødne forholdsregler til at afværge et forudseet angreb.”¹⁹³ Det er uklart hva Hagerup legger i begrepet ”aktuelt”, men den mest nærliggende forståelsen er at angrepet er akutt eller nær opptil påbegynt.

¹⁸⁹ Eckhoff (2001) s. 270

¹⁹⁰ Se nærmere om dette i Eckhoff (2001) s. 269 - 279

¹⁹¹ NOU:1992 s. 94 - 96

¹⁹² Hagerup (1911) s. 239

¹⁹³ Hagerup (1916) s. 56

Kjerschow har på sin side uttalt at angrepet må være "... nogenlunde umiddelbart forstående, således at det kan betegnes som et virkelig, ikke et alene mulig, efter lengere eller kortere tidsforløp, inntredende angrep." ¹⁹⁴ Han sier så videre at forberedelsen "...til et angrep kan dog være av den art, at angrepet må sies å være innledet...". Som et eksempel på et slikt innledet angrep, henviser han til det tidligere omtalte skipsfører eksemplet som er nevnt i motivene.

Hagerup har blitt kritisert av blant annet Augdahl og Slettan ¹⁹⁵, som mener at det ikke er holdepunkter for krav om et aktuelt angrep, hverken i lov, rettspraksis eller forarbeidene. Eskeland er også av den oppfatning at man ikke kan kreve at angrepet må være aktuelt eller akutt, idet lovens ordlyd likestiller forsvar med avvergelse av angrep. ¹⁹⁶ Ifølge Augdahl medfører Hagerups forankring av nødvergeadgangen i begrepet "angrep" til at nødvergeretten begrenses til de tilfeller hvor angrepet er påbegynt. ¹⁹⁷ Ved å kreve at angrepet må være aktuelt utelukker man dessuten nødverge mot mer "eventuelle angrep" ¹⁹⁸, som likevel er høyt sannsynlige og konkrete i tilfeller hvor det å utøve preventivt nødverge kan være den eneste utveien. ¹⁹⁹ Tilsvarende mener Skeie, ved å bl.a. henvise til skipsførereksemplet i motivene, at man har rett til å utøve preventivt nødverge dersom situasjonen er slik at B vil angripe A "...så snart han får en gunstig anledning til det". ²⁰⁰ Både Augdahl og Slettan mener at den tilstrekkelige begrensningen i adgangen mot fremtidige angrep, ligger i nødvendighetsvilkåret. Jo mer hypotetisk eller eventuelt angrepet er, jo mindre nødvendig vil det være å utøve preventivt nødverge. ²⁰¹

¹⁹⁴ Kjerschow (1930) s. 135

¹⁹⁵ Slettan (1987) s. 599 – 601.

¹⁹⁶ Eskeland (2006) s. 242

¹⁹⁷ Augdahl (1920) s. 56

¹⁹⁸ Begrep benyttet av Augdahl (1920) s. 58

¹⁹⁹ Se Slettan (1987) s. 600 og eksemplet benyttet av Augdahl (1920) s. 58 hvor A meddeler til B at han vil drepe hans sønn straks han får anledning til det.

²⁰⁰ Skeie (1946) s. 158

²⁰¹ Augdahl (1920) s. 58-59 og Slettan (1987) s. 601

5.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn er vurderinger av tolkningsresultaters generelle, samt individuelle innholdsmessige og retts tekniske godhet.²⁰² Når forskjellige rettskildefaktorer trekker i hver sin retning, og det er tvil om tolkningsresultatet, får reelle hensyn ofte en avgjørende betydning.²⁰³ Som nevnt innledningsvis, gjør det seg gjeldende sterke motstridende hensyn ved vurderingen av hvor langt den preventive nødvergeretten rekker. En avveining av disse motstridende hensynene i forhold til hverandre, kan dermed ha en avgjørende betydning. I utgangspunktet kan det sies at allment aksepterte oppfatninger veier tyngre enn sær oppfatninger.²⁰⁴

I punkt 2 ble de viktigste hensynene som taler for og imot nødverge nevnt. Disse hensynene til bl.a. retten til å forsvare seg selv mot et angrep, prevensjon, handlingers straffverdighet, angriperens rettsikkerhet, og statens enerett til rettshåndhevelse - gjør seg gjeldende for preventivt nødverge også. I det følgende vil jeg stille noen reflekterende spørsmål, som kan bidra til en nærmere avveining av de ulike motstridende hensynene.

En handlingers straffverdighet er et grunnleggende hensyn som følger strafferetten som en rød tråd. Tanken er at det er bare straffverdige handlinger som gir grunnlag for bebreidelse som skal straffes.²⁰⁵ Handlinger som ikke er straffverdige og følgelig ikke kan bebreides, samsvarer det ikke med vår grunnleggende rettsoppfatning å straffe. Dette reiser flere spørsmål hva angår retten til preventivt nødverge. Hvilken handling er mest straffverdig, angrepet eller nødvergehandlingen? Spørsmålet vil klarligvis besvares forskjellig, ut fra bl.a. hvor farlig angrepet eller nødvergehandlingen er. Handlingens grad av straffverdighet reduseres når den er foretatt i en nødssituasjon, fordi det rettmessige ikke skal overvinnes av det urettmessige. Å bli angrepet med knyttneveslag, er selvfølgelig straffverdig. Men det betyr ikke at forsvareren i en nødvergesituasjon kan ty til ethvert middel, eksempelvis drap, for å avverge angrepet. I en slik situasjon vil man bli nødt til å avveie både angrepets og nødvergehandlingens

²⁰² Eckhoff (2001) s. 371

²⁰³ Eckhoff (2001) s. 379

²⁰⁴ Eckhoff (2001) s. 394

²⁰⁵ Eskeland (2006) s. 54 og 131

straffverdighet mot hverandre, for i en helhetsvurdering, alle forhold tatt i betraktning, komme frem til om nødvergehandlingen var forsvarlig. Det er disse tanker som begrunner den etiske dommen som følger av tilbørighetsregelen i proporsjonalitetsvilkåret.

Et annet spørsmål som oppstår i forbindelse med handlingers straffverdighet, er på hvilket tidspunkt bør den preventive nødvergeretten inntre? På generelt grunnlag kan det innvendes at dersom nødvergeutøveren har hatt så god tid på seg at han har hatt tid til å planlegge nødvergehandlingen, er det trolig ikke tale om lovlig nødverge. Dette tilsier en streng tolkning av nødvendighetsvilkåret og muligheten for handlingsalternativer. Både allmenn- og individualpreventive hensyn gjør seg gjeldende, ettersom en vid preventiv nødvergeadgang ville nærmest oppfordret til privat rettshåndhevelse. Et annet argument mot en slik vid adgang er at nødvergeretten lett kan tenkes misbrukt til hevn eller gjengjeldelse og dermed også svekke rettsikkerheten i samfunnet. Situasjonen stiller seg imidlertid annerledes dersom nødvergeutøveren står ovenfor en aktuell eller overhengende angrepsfare, ettersom hvem som helst kan havne i en slik situasjon.

Som nevnt under punkt 2 er risikoen for feilberegninger av nødvergesituasjonen av hovedargumentene mot en vid nødvergeadgang. Det kan imidlertid også spørres hvem som er nærmest til å bære risikoen for at det fremtidige angrepet faktisk kommer til å inntreffe. Dette kan sees på som et spørsmål om hvilken av handlingene er mest straffverdig, angrepet eller forsvarshandlingen? Svaret vil følgelig måtte besvares forskjellig avhengig av konkrete forhold i nødvergesituasjonen og hva slags nødvergehandling angrepet avverges med.²⁰⁶ Forhistorien som foranlediger en eventuell nødvergesituasjon kan angi sannsynlighetsgraden for at det fremtidige angrepet kommer til å inntreffe. For de tilfeller hvor nødvergeutøveren har blitt utsatt for systematisk og langvarig vold, mishandling og trakassering – vil det være rimelig å anta at man kan forvente slike angrep i nærmeste fremtid også. Under slike omstendigheter kan det tenkes at angrepene nødvergeutøveren har vært utsatt for er mer straffverdige enn

²⁰⁶ Se punkt 5.6

nødvergehandlingen, og den angrepne kan være nærmest til å bære risikoen for at det fremtidige angrepet faktisk vil inntreffe.

5.6 Oppsummering: tidspunktet for når nødvergeretten inntreier og nødvergehandlingens art

Oppsummeringen her, som ikke er ment å være uttømmende, er basert på en avveining av momentene som er nevnt i NOU 1992:23²⁰⁷, samt rettspraksis og juridisk teori.²⁰⁸

Rettskildene under punkt 5 viser at det ved vurderingen av tidspunktet for når det kan sies å foreligge en preventiv nødvergesituasjon som berettigger en preventiv nødvergehandling, må det legges avgjørende vekt på nødvendighetsvilkåret.

Nødvergehandlingen må med andre ord være nødvendig for avvergelsen av angrepet, for at skal sies å foreligge en lovlig preventiv nødvergesituasjon.

Ved vurderingen av hvor langt man kan gå i forsvaret, vil det avgjørende være hvorvidt valget av forsvarsmidler er innenfor eller utenfor grensene for lovlig nødvergeutøvelse. Det sentrale vurderingstemaet her er en avveining av om nødvergehandlingen går lenger enn nødvendig, og om den representerer et ubetinget utilbørlig onde sett i forhold til angrepet den angrepne utsettes for.

5.6.1 Angrepet

Hvor tidlig nødvergehandlingen kan iverksettes, vil bero på en avveining av angreps- og forsvarshandlingen.²⁰⁹ Jo fjernere i tid og mer hypotetisk angrepet er, desto mindre nødvendig vil nødvergehandlingen være. Eksempler på konkrete forhold som må inngå i en slik helhetsvurdering vil derfor kunne bidra til å besvare spørsmålet.

Sannsynligheten for at angrepet vil inntreffe vil avhenge av flere forhold. I denne forbindelse vil det være av betydning i hvilken grad *tidspunktet* og *stedet* for angrepet er konkretisert. Dette kan formuleres som et spørsmål om angrepet er av bestemt eller ubestemt art. Det er f.eks. stor forskjell mellom en konkret drapsplan som man får

²⁰⁷ s. 95

²⁰⁸ Se også Lie (2005) kapittel 4 og Dørre (1998) kapittel 7

²⁰⁹ Se punkt 5.2.2 hvor forarbeidene til strl. 2005 behandles

kjennskap til jf. skipsførereksemplet i motivene, og en generell trussel som det ikke med sikkerhet kan sies vil bli gjennomført. *Forhistorien* som foranlediger nødvergesituasjonen kan bidra til å belyse hva man kan forvente i fremtiden. Spesielt sakene behandlet ovenfor med langvarig og systematisk mishandling, vold og trusler er eksempler på slike nødvergesituasjoner. Forhistorien kan med andre ord bidra til å styrke sannsynligheten for at angrepet vil komme. Jo høyere sannsynlighet for at angrepet vil komme, desto mer taler for at det foreligger en preventiv nødvergesituasjon.

I forbindelse med *tiden* som antas å gå før angrepet inntreffer, vil det avgjørende være hvorvidt man hadde handlingsalternativer, og dermed mulighet for å avverge angrepet på en annen måte enn ved å utøve nødverge. Dette taler for at jo nærmere i tid angrepet befinner seg forut for nødvergehandlingen, desto mer akutt kan man karakterisere nødvergesituasjonen. Man kan her tenke seg at om angrepet f.eks. antas å skje om noen dager, vil man ha større mulighet til å flykte eller tilkalle politiet, enn om det antas å skje om et par timer. Rettspraksis viser at nødvendighetsvilkåret tolkes strengt; dersom man har hatt tid og mulighet til å vurdere forskjellige handlingsalternativer, har utøvelsen av en preventiv nødvergehandling ikke vært nødvendig. Behovet for å gripe avvergende inn med en nødvendig nødvergehandling, vil dermed i stigende grad øke jo nærmere i tid angrepet befinner seg.

Stedet man befinner seg kan også påvirke muligheten man har for å avverge angrepet på annen måte enn ved å utøve nødverge. I skipsførereksempelet fra motivene, befant skipsføreren seg ute i det åpne hav, og hadde dermed begrensede muligheter for å flykte, tilkalle hjelp osv. Å foreta en nødvergehandling fremstår derfor i dette eksemplet som helt nødvendig for å avverge et fremtidig angrep. Dersom man på den annen side befinner seg på et sted hvor det er enkelt å flykte eller få bistand fra andre, skal det mye til for at nødvergehandlingen skal anses som nødvendig for å avverge angrepet.

Det angrepne rettsgodet er av betydning for hvilke nødvergehandlinger som kan iverksettes. Om angrepet er rettet mot liv, legeme eller materielle rettsgoder vil være av stor betydning for hvor langt man kan gå i forsvaret. Dette må forstås slik at jo høyere verdi et rettsgode har, jo mer drastiske forsvarsmidler kan man iverksette. Retten til å

leve er det høyeste rettsgodet vi anerkjenner i vår rett, det er derfor naturlig at man kan gå lenger i forsvaret av livet når noen forsøker å frata oss dette, enn i forsvaret av ære eller materielle goder som hus, bil etc.

Angrepets farlighet vil kunne vurderes ut fra hvilke angrepsmidler som benyttes og skadepotensialet som disse representerer. Det er eksempelvis forskjell mellom det å bli mobbet, dyttet eller til og med slått med knyttneveslag, og det å bli truet med pistol eller kniv. Jo alvorligere angrepet er, desto tidligere kan man iverksette en nødvergehandling og benytte seg av mer drastiske forsvarsmidler.

5.6.2 Nødvergehandlingens art

Ved vurderingen av hvor langt man kan gå i forsvaret vil som nevnt både nødvendighetsvilkåret og proporsjonalitetsvilkåret stå helt sentralt. Nødvergehandlingen kan verken overskride det som er nødvendig, eller være etisk uberettiget og uforholdsmessig sett i forhold til det fremtidige angrepet man forventer. Det avgjørende for avveiningen av forsvarshandlingen, vil på den ene siden være farligheten av det forventede angrepet, og på den andre siden hvor alvorlige følgene av forsvarshandlingen antas å bli under avvergelsen av denne.²¹⁰

Menneskelivet er som tidligere nevnt det høyeste rettsgodet vår rett anerkjenner. Det kan derfor kun helt unntaksvis være lovlig å drepe i preventivt nødvergesituasjoner. Det skal i slike tilfeller svært lite til før nødvergeretten anses for å gå lenger enn nødvendig og være ubetinget utilbørlig. Det kreves av den grunn svært mye av nødvergesituasjonen for at drap skal være nødvendig, og samtidig etisk berettiget i forhold til angrepet man søker å avverge. Rettspraksis viser at drap kan kun tenkes som et lovlig forsvarsmiddel når det er den eneste måten å avverge et tilstrekkelig farlig fremtidig angrep på. Dette stiller følgelig meget strenge krav til nødvergesituasjonen både hva angår hvor nærliggende i tid faren er, sannsynligheten for at angrepet vil finne sted, angrepets farlighet, andre handlingsalternativer man har, og hvilket retts gode som trues.

²¹⁰ NOU 1992:23 s. 96

Svært mange forsvarshandlinger i varierende farlighetsgrad kan karakteriseres som legemsbeskadigelser. Selv om slike forsvarshandlinger er klart mildere sammenlignet med drap, skal det likevel en del til før en legemsbeskadigelse godtas som en lovlig forsvarshandling mot et fremtidig angrep. Mobbedommene I og II viser hvordan legemsbeskadigelser ved bruk av kniv og knøgejern for å forhindre fremtidig mobbing, ble ansett for å åpenbart overskride nødvergerettens grenser.

Det kan imidlertid tenkes at dersom ofrene i saken var utsatt for alvorligere grad av fysisk vold og mishandling, samt at det ikke forelå noen handlingsalternativer, at en slik forsvarshandling ikke ville overskredet grensene for lovlig nødverge.

Legemsfornærmelser er forsvarshandlinger som det skal mindre til for å anse som lovlige nødvergehandlinger, sammenlignet med de nevnt ovenfor. I Mobbedommen II, ble mobbeofferets storebror ansett for å ha utøvd lovlig nødverge når han slo fornærmede i saken med flat hånd i ansiktet flere ganger for å avverge fremtidig mobbing. Det skal imidlertid bemerkes at selv i slike tilfeller foretas det en streng vurdering av både nødvergesituasjonen og nødvergehandlingen.

6 Overskridelse av nødverge

Hvis grensene for nødverge er blitt overskredet, kan handlingen likevel bli straffri hvis overskridelsen er en direkte følge av at angrepet har fremkalt en sinnsbevegelse eller bestyrtelse. Strl. § 48 fjerde ledd lyder slik:

Har nogen overskredet Grænserne for Nødverge, er han dog straffri, hvis Overskridelsen alene har fundet Sted paa Grund af en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse.

Etter gjeldende rett er frifinnelse obligatorisk, dersom vilkårene er oppfylt jf. ”...er han dog straffri, hvis...”, og hører under skyldspørsmålet jf. Rt.1977 s. 765.²¹¹ Straffriheten innebærer imidlertid ikke at overskridelsen er lovlig slik det er ved lovlig utøvelse av

²¹¹ NOU 1992:23 s. 86

nødverge etter § 48 annet ledd. Den anses heller unnskyldelig selv om den ikke er rettmessig, da det kan virke støtende å straffe en som pga. f.eks. panikk overskrider grensene for lovlig nødverge²¹².

Det første vilkåret som må være oppfylt er at overskridelsen skjer under selve utøvelsen av nødvergehandlingen, jf. formuleringen "...Overskridelsen...ved Angrebet fremkaldt". Dette innebærer at det må foreligge en nødvergesituasjon for at § 48 fjerde ledd skal komme til anvendelse. I utgangspunktet er det bare overskridelser i intensitet som derfor omfattes, ikke i tid.²¹³ Har nødvergesituasjonen opphørt pga. angrepet er avsluttet, er etterfølgende avstraffelse eller gjengjeldelse etter dette tidspunkt i utgangspunktet straffbart.. Bestemmelsen er ment å gi nødvergeutøveren en større margin enn det som følger av "ubetinget utilbørlig" og nødvendighetsvilkåret i § 48 annet ledd.²¹⁴ Det kan her tenkes tilfeller hvor nødvergeutøveren f.eks. påfører angriperen større skader enn han regnet med pga. den farlige situasjonen han befant seg i.

Det andre vilkåret som må være oppfylt er at overskridelsen skyldes en "Sindsevægelse eller Bestyrtelse". Sinnsbevegelser som omfattes er eksempelvis frykt, sinne, panikk etc.²¹⁵

Det tredje vilkåret er kravet om årsakssammenheng mellom overskridelsen og sinnsbevegelsen jf. formuleringen "alene...paa Grund af". Ønske om hevn eller gjengjeldelse, faller dermed utenfor, jf. Rt. 1996 s. 141 hvor mobbeofferet ikke ble ansett for å falle innenfor anvendelsesområdet til § 48 fjerde ledd pga. han ville gjengjelde tidligere mobbing.

Dersom vilkårene etter § 48 fjerde ledd ikke er oppfylt, kan straffen likevel settes ned til under minstestrafen eller en mildere straffart jf. strl. § 56 bokstav a. Dette forutsetter

²¹² Matningsdal (2003) s. 387

²¹³ Andenæs (2004) s. 173, Matningsdal (2003) s. 387

²¹⁴ Andenæs (2004) s. 173

²¹⁵ Matningsdal (2003) s. 388

imidlertid at det er en overskridelse i intensitet, ikke i tid.²¹⁶ Dersom en handling imidlertid er foretatt i ”berettiget harme” kan straffen settes ned etter § 56 bokstav b.

6.1 Forholdet til straffeloven av 2005

Som nevnt hjemler gjeldende § 48 fjerde ledd en obligatorisk frifinnelse dersom vilkårene er oppfylt, til tross for at grensene for lovlig nødverge har blitt overskredet. Dette har ikke vært ønskelig å videreføre i den nye stl. 2005, da man mente at frifinnelse i enkelte tilfeller kunne gå for langt. Straffelovkommisjonen av 1980 foreslo derfor å endre nåværende straffrihetsregel i § 48 fjerde ledd, med en generell straffritaksregel for både overskridelse av nødverge, nødrett og lovlig selvtekt - slik at det i stedet for ubetinget frifinnelse, heller gis domstolene en skjønnsmessig adgang til å velge mellom straffritak og straffnedsettelse.²¹⁷ Dette var departementet enig i, og understreket at sinnsbevegelse eller bestyrtelse fremkalt av angrepet, fortsatt vil være relevant ved vurderingen av om det foreligger ”særlige grunner som tilsier frifinnelse”²¹⁸ ved overskridelse av nødverge.²¹⁹ Justiskomiteen fant det imidlertid viktig å fremheve at straffritak etter den nye strl. 2005 § 81 bokstav b) er en ”snever unntaksregel”.²²⁰ Ved overskridelse av nødverge som rammes av straffebud med en strafferamme på over seks år, bør overskridelsen fremstå som ”svært unnskyldelig før handlingen lates straffri”.²²¹ I forbindelse med hva som kan betraktes som ”svært unnskyldelig”, uttales det:

”For eksempel vil tilfeller hvor en person helt uforskyldt har kommet opp i nødsituasjonen - for eksempel ved å komme andre til nødvendig og prisverdig unnsetning - og hvor overskridelsen fremstår som meget unnskyldelig og forståelig på grunn av det overhengende farlige eller opprørende i situasjonen, kunne omfattes av straffritaksregelen i straffeloven”²²²

²¹⁶ Matningsdal (2003) s. 388

²¹⁷ NOU 1992:23 s. 99-100 og vurderingene av utkastene til §85 og § 86 s. 213-215

²¹⁸ Se strl. 2005 § 81 bokstav b)

²¹⁹ Ot.prp.nr.90 s. 365

²²⁰ Innst.O.nr.72 (2004 – 2005) s. 99

²²¹ Innst.O.nr.72 (2004 – 2005) s. 99

²²² Innst.O.nr.72 (2004-2005) s. 99

7 Konklusjon

Avhandlingen viser at det i norsk rett er en adgang mot preventivt nødverge. Hvor langt den preventive nødvergeretten rekker i norsk rett avhenger av en sammensatt helhetsvurdering.

Jeg er av den oppfatning at det ikke er avgjørende hvordan angrepet rent terminologisk skal beskrives. Om man definerer angrepet som aktuelt, akutt, eller overhengende er etter mitt skjønn ikke avgjørende. Rent lovteknisk er det heller ikke mulig eller hensiktsmessig å forutse alle mulige konkrete situasjoner hvor fremtidige angrep lovlig kan imøtekommes med en nødvergehandling. Den reelle begrensningen i nødvergeadgangen ligger uansett i nødvendighetsvilkåret og proporsjonalitetsvilkåret, som fungerer som en sikkerhetsventil.

Hva angår spørsmålet for på hvilket tidspunkt den preventive nødvergeretten inntreffer, vil det avgjørende etter min mening være hvorvidt nødvergehandlingen er nødvendig for å avverge angrepet. Nødvendigheten av å gripe avvergende inn mot et fremtidig angrep vil bero på en avveining av både angreps- og forsvarshandlingen. Her vil bl.a. alle de momenter nevnt i punkt 5.6.1 inngå i vurderingen. På generelt grunnlag kan det sies at jo lenger tilbake i tid forut for nødvergehandlingen angrepet befinner seg, og jo mer eventuelt angrepet er, desto mindre nødvendig vil det være å utøve preventivt nødverge.

Hvilken nødvergehandling som lovlig kan iverksettes for å avverge et fremtidig angrep vil bero på både nødvergesituasjonen, og en avveining av angrepets farlighet og følgene av forsvarshandlingen.²²³ I denne helhetsvurderingen foretas det dessuten en streng vurdering av mulighetene for handlingsalternativer. Selv om en nødvergehandling er den eneste måten å avverge et fremtidig angrep på, kan den dessuten være etisk uberettiget jf. proporsjonalitetsvilkåret. Å utøve preventivt nødverge kan derfor kun komme på tale i unntakstilfeller. Jo alvorligere angrep man står ovenfor, desto alvorligere nødvergehandlinger kan settes i verk. Drap som en lovlig nødvergehandling, kan kun komme på tale i snevre unntakstilfeller.

²²³ Jf. Punkt 5.6.2

8 Litteraturliste

Juridisk litteratur:

- Andenæs, Johs ved Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik. *Alminnelig strafferett*. 5.utg. Universitetsforlaget, 2004.
- Andenæs, Johs ved Andorsen, Kjell V. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Universitetsforlaget, 2008
- Augdahl, Per. *Nødverge*. J.W. Cappelens Forlag, 1920
- Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn, Alminnelig del*. Universitetsforlaget, 1980.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. Universitetsforlaget, 2001.
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Cappelen Akademisk Forlag, 2006.
- Hagerup, Francis. *Strafferettens Almindelige Del*. Kristiania, 1911.
- Hagerup, Francis. *Straffeloven*. 2.utg. Kristiania, 1916.
- Helsingeng, Terje. *Frikjent*. J.W. Cappelens Forlag AS, 1983
- Kjerschow, P. *Straffeloven med kommentar*. Oslo, 1930
- Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. *Straffeloven kommentarutgave Første Del. Almindelige Bestemmelser*. 2.utg. Universitetsforlaget, 2003.
- Slettan, Svein og Øie, Toril Marie. *Forbrytelse og straff, Bind I Innføring i strafferett*. Universitetsforlaget, 2001.
- Skeie, Jon. *Den norske strafferett. Første Bind. Den Almindelige Del*. 2.utg. Olaf Norlis Forlag, 1946

Forarbeider:

- Udkast til Almindelig Borgerlig Straffelov for Kongeriket Norge. II.Motiver. Udarbeidet af den kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania, 1896
- NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I
- NOU 1992:23 Ny straffelov - alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonens delutredning V
- NOU 2002: 4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII
- Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- Innst. O. nr. 72 (2004-2005) Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen

Besl. O. nr. 63 (2004-2005) Odelstingsbeslutning nr. 63

Avhandlinger:

Dørre, Jarl Borgvin. *Krav til nødssituasjonen ved preventivt nødverge*, Universitetsforlaget, 1998.

<http://www.nb.no/utlevering/nb/afe4c32cf4a3edf52fc86dff0e3e3498> [sitert 18. april 2012]

Lie, Marianne. *Preventiv nødverge, adgangen til nødverge mot fremtidige angrep i norsk rett*, Universitetet i Oslo, 2005.

<http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=33326> [sitert 16. april 2012]

Schjetne, Venil Katarina. *Et liv i mishandling som ender med drap*, Universitetet i Tromsø, 1989

Artikler:

Dahl, Tove Stang. *En kommentar til juryens frifinnelse i Eidsivating lagmannsrett 26. August 1982*, Hefte for kritisk juss, 1982-83

Slettan, Svein. "Privat dødsstraff?" - *Er det lov å ta liv i nødverge?* Lov og Rett. Oslo, 1987

Bratholm, Anders. *Drapet i Arendal - en tragisk sak og tvilsom dom*. Aftenposten, 06.mai. 2004. www.aftenposten.no/meninger/kronikker/article788241.ece [sitert 20. april 2012]

Rettsavgjørelser:

Rt.. 1938 s. 828

Rt.. 1974 s. 841

Rt. 1977 s. 765

Rt.1978 s. 533

Rt. 1982 s.1216

Rt.1987 s.1127

Rt. 1988 s. 928

Rt. 1992 s. 679

Rt. 1995 s. 20

Rt. 1996 s. 141

Rg. 2002 s. 1450

RG-2002-1450, dom av Hammerfest tingrett (Hammerfestsaken)

LA-2003-19998, dom av Agder lagmannsrett (Sykehusdrap dommen)

TMOSS-2010-80011, dom av Moss tingrett (Mobbedommen II)

THAFE-2010-110570 , dom av Hammerfest tingrett (Balltredommen)

Upubliserte dommer:

Eidsivating lagmannsrett dom av 26. august 1982 og 4.mai 1983 (straffesak nr: 47/1982)

Frostating lagmannsrett, dom av 12. juni.1986 (straffesak nr: 26/1986)

Nedenes tingrett, dom av 13. november.2003 (saksnr.: 03-00272 M)

Lover:

1814 Kongeriket Norges Grundlov av 17.mai 1814

1842 Lov angaaende forbrytelser av 20. august 1842

1902 Almindelig borgelig straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr.10

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28

Internett sider:

www.lovdata.no

www.ordnett.no

www.nb.no

www.duo.uio.no

